

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



TESIS DOCTORAL

Los jueces entre la constitución y la ley

**Interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales
concurrentes**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Diego Gamarra Antes

Director

Francisco Javier García Roca

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Constitucional



LOS JUECES ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY

**Interpretación jurisdiccional de disposiciones
constitucionales y legales concurrentes**

**Trabajo de investigación que presenta Diego Gamarra Antes para la
obtención del Grado de Doctor**

Bajo la dirección del Doctor Francisco Javier García Roca

MADRID

2015

ÍNDICE

RESUMEN - ABSTRACT

| | |
|--|-----|
| I. INTRODUCCIÓN, OBJETO Y MÉTODO | 1 |
| II. CONSTITUCIÓN Y LEY | 9 |
| 1. La distinción formal entre Constitución y ley | 9 |
| 2. Normatividad, supremacía y alcance de la Constitución | 18 |
| 2.1. La normatividad de la Constitución y su supremacía | 18 |
| 2.2. El alcance de las Constituciones formales contemporáneas | 33 |
| 2.3. El alcance de las Constituciones y las funciones jurídicas | 41 |
| 3. Una justificación de las Constituciones formales y normativas actuales | 44 |
| 3.1. Objeciones democráticas a los derechos constitucionalmente consignados y su protección jurisdiccional | 52 |
| 3.1.1. El constreñimiento procedimental de generaciones futuras | 54 |
| 3.1.2. La resolución parlamentaria por mayoría simple y su pretendida superioridad para el tratamiento de los derechos | 56 |
| (a) Sobre la supuesta superioridad de la resolución parlamentaria por mayoría simple en la producción normativa sobre derechos | 57 |
| (b) Sobre la supuesta superioridad del Parlamento sobre órganos jurisdiccionales para resolver sobre derechos. Crítica al control jurisdiccional de constitucionalidad | 69 |
| i. La Constitución abierta de los derechos y la Constitución cerrada | 72 |
| ii. Una recapitulación orientada al problema de la última palabra. ¿Jueces, Parlamento o Poder Constituyente? | 76 |
| 3.2. Una defensa modulada del constitucionalismo en democracias representativas | 79 |
| III. APERTURA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL | 84 |
| 1. Introducción a la interpretación constitucional | 84 |
| 1.1. Somera introducción a la interpretación jurídica | 85 |
| 1.2. Sobre el concepto de disposición y de norma | 93 |
| 1.3. Introducción a la interpretación constitucional y a la causa de sus particularidades de énfasis: la apertura de sus disposiciones | 99 |
| 2. Apertura de la Constitución, indeterminación y discrecionalidad | 102 |
| 2.1. Apertura y discreción jurisdiccional | 103 |
| 2.1.1. Vaguedad, ambigüedad y textura abierta del lenguaje | 103 |
| 2.1.2. Sobre conceptos, concepciones y mutaciones por vía interpretativa | 108 |
| 2.1.3. Apertura de las reglas e indeterminación parcial | 110 |
| 2.1.4. Apertura, interpretación y discrecionalidad interna en sentido débil y fuerte | 114 |
| 2.2. Sobre reglas, principios, normas de fin y delimitación | 120 |
| 2.2.1. Las tesis de los principios como entidades diversas de las reglas. La distinción en sentido fuerte y su crítica | 123 |
| (a) Las reglas o normas <i>strictu sensu</i> son de aplicación todo o nada, los principios proporcionan razones para la aplicación | 123 |
| (b) El peso relativo de los principios | 126 |

| | |
|---|------------|
| (c) Los principios como mandatos de optimización..... | 127 |
| (d) Los principios como normas con condiciones de aplicación abiertas..... | 127 |
| 2.2.2. Los principios y su apertura pronunciada por su abstracción, axiología y carácter fundamental..... | 130 |
| 2.2.3. Normas de fin, programáticas y directrices..... | 140 |
| 3. Interpretación constitucional y método..... | 146 |
| 3.1. Sobre el método de interpretación de la Constitución..... | 153 |
| 3.1.1. ¿Un método de interpretación esencialmente distinto?..... | 154 |
| 3.1.2. Algunas particularidades de grado de la interpretación constitucional..... | 165 |
| (a) El destaque de la sistematicidad -como consistencia- y con ella de la teleología Una teoría de la Constitución como prisma..... | 165 |
| (b) Interpretación constitucional en concreto, ponderación como armonización interpretativa y subsunción..... | 173 |
| IV. EL LEGISLADOR Y LOS JUECES COMO INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN..... | 181 |
| 1. La interpretación legislativa y jurisdiccional de la Constitución..... | 181 |
| 2. Diferencias a partir de la interpretación en concreto y la sorprendente realidad..... | 187 |
| 3. Introducción al problema de la última palabra sobre la interpretación de la Constitución. | 193 |
| 4. La discrecionalidad legislativa y sus límites..... | 198 |
| 4.1. Discrecionalidad legislativa en la maximización de bienes..... | 199 |
| 4.1.1. Derechos y políticas..... | 202 |
| 4.1.2. Límites. Los derechos en sentido fuerte (el llamado contenido esencial de los derechos) | 203 |
| 4.1.3. Más sobre los límites. Proporcionalidad..... | 211 |
| 4.1.4. Una breve digresión final de dogmática uruguaya: el concepto de contenido esencial y la categoría de los derechos preexistentes y consagrados..... | 216 |
| V. COTEJO JURISDICCIONAL DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES RELEVANTES PARA LA SOLUCIÓN DE UN CASO..... | 221 |
| 1. Introducción..... | 221 |
| 2. Una teoría de la Constitución como prisma..... | 223 |
| 3. Introducción a los casos de «indeterminación» de la Constitución, de la ley o de ambas..... | 225 |
| 4. Indeterminación de la ley o de Constitución y ley: la interpretación de la ley conforme a la Constitución..... | 227 |
| 4.1. Interpretación de la ley conforme a la Constitución..... | 228 |
| 4.2. Interpretación conforme e indeterminación exclusiva de la ley o de la Constitución y de la ley..... | 236 |
| 4.3. Normativa legal sobre interpretación de actos legislativos e interpretación conforme a la Constitución..... | 240 |
| 5. Indeterminación de la Constitución: supremacía constitucional, delimitación de la deferencia al legislador y de la autocontención jurisdiccional (<i>self restraint</i>)..... | 250 |
| 6. Presentación y crítica de la presunción de constitucionalidad de las leyes..... | 259 |
| VI.- CONCLUSIONES..... | 265 |

RESUMEN

Las Constituciones rígidas y normativas contemporáneas son reconocidas como eficaces y con supremacía respecto de los restantes actos jurídicos del ordenamiento interno. En tal sentido, en tanto la Constitución posee la mayor fuerza del sistema, sus soluciones deben de alguna forma imponerse jurisdiccionalmente sobre las contrarias contenidas en actos subordinados. Del mismo modo, conforme un afán de consistencia sistémica, las soluciones constitucionales deben ser en algún punto consideradas en la interpretación de las disposiciones inferiores.

El terreno que en los términos indicados luce firme, se torna resbaladizo una vez que se introduce el tamiz de la interpretación en un singular escenario de disposiciones materiales caracterizadas por su «apertura», de superposición entre disposiciones constitucionales y legales, y de razonables alternativas de solución en un delicado contexto de pluralidad de intérpretes.

La tesis propone los lineamientos básicos de un modelo de interpretación jurisdiccional de las disposiciones constitucionales y legales identificadas como relevantes para la resolución de un caso en sistemas de Constituciones rígidas, supremas, normativas, abiertas y materiales. Dicha tarea se emprende con pretensión de generalidad y de equilibrio, fundamentalmente a partir de la idea de sistematicidad del ordenamiento jurídico, considerando así las notas liberales y democráticas positivadas - de gobierno limitado y de autogobierno- que sirven de soporte político dual de las Constituciones modernas y que, en tensión, inciden en la delimitación funcional del legislador y de los jueces.

Asimismo, el análisis se centra en la interpretación de los textos normativos constitucionales y legales considerando principalmente los supuestos de dudas interpretativas en ambos niveles, las soluciones posibles y los grados de convicción a su respecto. Se aspira realizar una contribución en la materia poniendo el foco en la «antesala» interpretativa común de la inconstitucionalidad -como resultado conflictivo de la interpretación- y de la solución de un caso con compatibilidad -como resultado de una interpretación sistemática-.

En los capítulos de desarrollo de la tesis se intenta una justificación de la distinción formal y jerárquica entre Constitución y ley y se realiza también un estudio de la interpretación constitucional y sus singularidades, para luego precisar de acuerdo a

un propósito de corrección funcional una presentación de la interpretación legislativa y jurisdiccional de la Constitución.

Sentadas las bases referidas, finalmente se analiza el problema del cotejo jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales identificadas como relevantes para la solución de un caso. Se presentan así diferentes escenarios de dudas en la interpretación de los enunciados constitucionales, legales o de ambos, refiriendo fundamentalmente a los supuestos de interpretación de la ley conforme a la Constitución y de deferencia al legislador en la interpretación de la Constitución determinada por el juego del principio democrático.

En la determinación de una solución de un caso jurisdiccional con concurrencia - no necesariamente conflictiva- de disposiciones constitucionales y legales, no debe perderse de vista que el punto de partida es la interpretación de textos. Por razones de racionalidad corresponde en la ejecución de tal tarea apuntar a soluciones conciliadoras, pero en dicho afán no pueden forzarse interpretaciones, pues ello en definitiva conspira contra la delimitación de las funciones prevista por la Constitución y la sinceridad en la motivación de los fallos.

Así, sólo sería admisible la interpretación de la ley conforme a la Constitución ante la genuina representación de al menos dos alternativas razonables atribuibles como significado de un texto legal de acuerdo con sus criterios de interpretación. El propósito conservador generalmente adjudicado a la «interpretación conforme» es en verdad una consecuencia de la interpretación de la ley con vocación sistemática, no su justificación. El criterio refiere exclusivamente a la conciliación por opciones en el plano legal, no en el constitucional.

En este último supuesto, de interpretación propiamente constitucional, ante la existencia de una interpretación unívoca o varias plausibles de las disposiciones legislativas, se impone traer a colación al principio democrático, pero no exclusivamente sino entre otros aplicables en el marco de una tarea de armonización sistémica. No es admisible, por tanto, *a priori* determinar una deferencia sin más al acto legislativo, pues si bien su raigambre es constitucional otras normas o principios de idéntico rango pueden incidir en forma contrapuesta en la delimitación.

En materia de disposiciones constitucionales que formulan derechos, generalmente las de mayor apertura y complejidad, resulta crucial para el equilibrio institucional que el magistrado asuma la distinción entre el derecho en sentido estricto -

el «contenido esencial»- como un mínimo de dignidad intangible, y el mandato de maximización de bienes -de decisión política-. En el ámbito de las «políticas» el principio democrático tendrá una relevancia pronunciada mientras que en el de los «derechos» su incidencia será considerablemente más moderada, únicamente tendrá cabida ante un infrecuente supuesto de relativa paridad interpretativa al final del camino -de niveles de convicción equiparables- bajo un previo análisis sin su consideración. Con este alcance, que no es otro que el determinado por una adecuada apreciación sistemática del principio democrático y del diseño institucional en la faceta interpretativa, es que debe leerse la deferencia al acto legislativo y la denominada autocontención jurisdiccional -*self restraint*-.

Por último, debe descartarse la aglomeración y presentación de los problemas referidos bajo la denominada presunción de constitucionalidad de las leyes, incluso en su versión moderada. Se trata de una concepción que oscurece. Exige una distinción con una verdadera presunción sobre hechos -que podría sostenerse en casos de inconstitucionalidad de las leyes por razones de forma- y una explicación sobre su incidencia en lo que refiere a las cargas procedimentales y a las estrictamente conceptuales. Desvía la atención de lo que principalmente importa: que el problema a resolver depende de la interpretación de disposiciones y que se impone proveer una fundamentación completa de las soluciones adoptadas. A su vez, el criterio parece contribuir en forma contraproducente a sugestionar el razonamiento del intérprete por partir de una posición asumida o por defecto.

ABSTRACT

Contemporaneous, rigid and binding Constitutions are recognized as efficient and superior vis-à-vis of the other legal provisions in the internal legal system. In such regard, the Constitution having superior strength within the legal system, its solutions must somehow impose themselves from a jurisdictional standpoint, over contrary solutions contained in legal provisions of lower hierarchy. Likewise, following a need for systemic consistency, constitutional solutions must somehow be taken into account in the interpretation of lower hierarchy rules.

This playing field, which may seem sound and solid in its terms, becomes slippery once we introduce the filter of interpretation in one given scenery of material provisions which are characterized by their “openness”, the superposition among constitutional and legal provisions and those reasonable alternatives of solutions in a delicate and plural context of interpreters.

The thesis proposes the basic lines for a model of jurisdictional interpretation of legal and constitutional provisions identified as relevant for the resolution of a case within a system where Constitutions are rigid, superior, binding, open and material. Such task is undertaken with an aim of generality and balance, fundamentally starting on the idea of the systematicity of the legal system, considering liberal and democratic notes turned into law – of limited government and self-government – which act as the dual political support of modern Constitutions and, while in tension, have an impact on the functional limitation between the legislator and the judge.

The analysis is also centered in the interpretation of constitutional texts as well as legal texts mainly considering the assumption of interpretative doubts at both levels, the possible solutions and the degrees of conviction in such regard. It aims to contribute in this subject by placing the focus on the common interpretative “*antichambre*” of unconstitutionality -as the conflictive product of interpretation- and the solution of a case with compatibility -as the product of a systemic interpretation-.

Throughout the body of the thesis we strive for a justification of the formal and hierarchical distinction between the Constitution and the statutory law and a study is conducted regarding the constitutional interpretations and its singularities, to then

specify based on an objective of functional correction, a presentation of the legislative and jurisdictional interpretation of the Constitution.

Based on the aforementioned premises, the thesis analyzes the problem of jurisdictional comparison of legal and constitutional provisions which have been identified to solve a particular case. Different scenarios of doubts in the interpretation of provisions that are constitutional or legal (or both) are presented, with a fundamental reference to the premises of interpretation of the law in accordance with the Constitution and the deference to the legislator in the interpretation of the Constitution, as determined by the rules of the democratic principle.

In the determination of a solution for a jurisdictional case with concurrence -not necessarily a conflictive one- of legal and constitutional dispositions, one must not lose sight that the starting point is the interpretation of texts. For reasons of rationality, it corresponds within the execution of such task to aim at conciliatory solutions, but in the undertaking of such aim interpretation cannot be forced since it ultimately conspires against the delimitation of functions established in the Constitution and the sincerity of the grounds of judicial decisions.

In such regard, only the interpretation of the law in light of the Constitution would be admissible before the genuine representation of at least two reasonable alternatives attributable as the meaning of a legal text in accordance with its interpretation criteria. The conservative purpose which is usually adjudicated to the «interpretation in accordance with» is, as a matter of fact, a consequence of the interpretation of the law with a systemic aim, not its justification. The criterion refers exclusively to the conciliation by options in the legal, not the constitutional field.

In the last premise, of a strictly constitutional interpretation, when confronted with the existence of an unambiguous interpretation or several plausible interpretations of the legislative dispositions, the democratic principle must be brought, not on an exclusive basis but among other principles in a task of systemic harmonization. It thus cannot be admitted to determine beforehand a simple deference to the legislative act, while its roots are constitutional other norms or principles of identical hierarchy can have an incidence in an opposite direction as to the delimitation.

When it comes to constitutional dispositions laying down rights, usually, those of higher openness and complexity, it is crucial for the institutional balance that the magistrate assumes the distinction between the right *stricto sensu* -the «essential content»- as the minimum of intangible dignity and, on the other hand, the mandate for maximization of goods -political decisions-. In the context of «policies» the democratic principle shall have a pronounced relevance whereas in the context of «rights» its relevance shall be considerably more moderate, only having its place when situated before a non-frequent premise of relative interpretative parity at the end of the road -with comparable levels of conviction- under a previous analysis without its consideration. With such reach, which is not different than that of an adequate systemic appreciation of the democratic principle and the institutional design of the interpretative side, the deference to the legislative act and the so-called judicial self-restraint must be read.

Lastly, the pileup and presentation of the referred problems must be discarded under the so-called presumption of constitutionality of the laws, even in its moderate version. It is a conception that obscures. It requires a distinction with a real presumption on facts -which could be held in cases of unconstitutionality of laws for formal reasons- and an explanation over its incidence in matters referred to procedural burdens and those strictly conceptual. It diverts the attention from what mainly matters: that the problem to be solved depends on the interpretation of legal dispositions and that it must be provided with complete grounds for the solution that is adopted. Likewise, the criterion seems to contribute in a counterproductive way to influence the reasoning of the interpreter for starting on an assumed position or by default.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN, OBJETO Y MÉTODO

1. Introducción.

Los sistemas jurídicos modernos, de fuentes formales, nacionales –por oposición a internacionales-, democráticos, igualitarios y liberales en su contenido, suelen estructurarse a partir de Constituciones rígidas, reconociéndose procedimientos diferenciados de elaboración de actos constitucionales y legislativos, que determinan una distinción formal y de jerarquía entre ellos. Así, se reconoce a las Constituciones formales actuales la mayor fuerza normativa del ordenamiento, es decir, una relación de supremacía respecto de todos los restantes actos del sistema originados según los requisitos en ellas consignados. Asimismo, se reconocen o establecen mecanismos jurisdiccionales para asegurar su validez o eficacia ante desajustes o antinomias que la comprometan.

A su turno, no sólo se reconoce actualmente a las Constituciones fuerza normativa sino un determinado alcance, definido por el tipo de normas contenidas, que no son solo estructurales sino también materiales, de «fines» y «derechos», y por los destinatarios de estas últimas. No obstante diferencias basadas en la delimitación de sus atribuciones y en el sentido de la función que predominantemente desarrollan, las normas constitucionales vinculan a todos los poderes públicos y, en lo pertinente, también a los particulares.

Si se adiciona a la normatividad de las Constituciones la apertura de buena parte de sus disposiciones, necesariamente se genera, aunque sea parcialmente, una superposición material con los actos legislativos. También éstos se caracterizan por su vocación de generalidad, aunque ordinariamente con menor abstracción en su formulación. De ello se sigue que en la solución normativa de casos se imponga una consideración conjunta de las disposiciones de ambas categorías dirigiéndose la atención a su interpretación.

Todo magistrado, tenga o no competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, debe realizar el cotejo entre los enunciados de ambas clases en tanto materiales jurídicos de consideración vinculante para su decisión. Así, debe identificar

las disposiciones relevantes en los dos niveles y realizar una interpretación de ellas para determinar la normativa definitivamente aplicable para la resolución del caso. Como resultado de la tarea interpretativa, de concluirse la existencia de una contradicción normativa, el juez deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley o interponerla ante los órganos jurisdiccionales con competencia especializada, dependiendo de la delimitación de sus atribuciones bajo el sistema de control establecido, según sea difuso o concentrado. El tema no puede presentarse como un problema exclusivo de la jurisdicción constitucional -en el sentido tradicional de la expresión-, pues de cierto modo toda la *justicia* pasa a ser constitucional. La Constitución conforma y encabeza el Derecho positivo y es por lo tanto parámetro forzoso para la solución de casos que son en última instancia susceptibles de sometimiento a la decisión jurisdiccional.

Hasta aquí el terreno luce firme, pues el razonamiento es lineal una vez que se parte de la eficacia, del alcance y de la supremacía constitucional en los términos antedichos y del deber de los jueces de fallar necesariamente en algún sentido de acuerdo al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Si se reconoce a la Constitución la mayor fuerza normativa dentro del sistema y resulta directamente aplicable por su alcance, entonces, conforme los criterios de resolución de antinomias, sus soluciones deben imponerse sobre las contrarias emitidas mediante actos subordinados. Del mismo modo, si se quiere en una instancia conceptualmente anterior al eventual conflicto, conforme un afán de consistencia sistémica, las soluciones constitucionales deben ser en algún punto consideradas en la interpretación de las disposiciones inferiores.

Pero el terreno se torna resbaladizo una vez que se introduce el tamiz de la interpretación constitucional, en un escenario de disposiciones caracterizadas por su «apertura» y de razonables alternativas que se generan en un delicado contexto de pluralidad de intérpretes. La cosa no es tan simple si se dirige la mirada hacia los mecanismos que se deben acuñar para hacer valer instrumentalmente la referida supremacía. Deben tenerse en cuenta a tales efectos los límites de las diferentes funciones jurídicas y la división de poderes, atendiendo en cada caso a la mayor necesidad de imparcialidad o representatividad de los diferentes órganos o sistemas orgánicos involucrados, y ello en función de los propios ideales en pugna que la Constitución consigna, de derechos como mínimos y de autogobierno.

Una respuesta adecuada a la interpretación de disposiciones constitucionales y legales concurrentes para la solución de un caso jurisdiccional no puede omitir las

repercusiones que en dicha tarea tiene la singularidad de la interpretación de la Constitución, ni los aspectos funcionales y de diseño institucional que de ella misma deben detraerse.

La tensión que angustia al constitucionalismo entre el ideal del gobierno limitado –fraccionamiento del poder y derechos- y de autogobierno o democracia es manifiesta en la discusión sobre la pertinencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad de actos legislativos. Se trata de un tema medular del Derecho Constitucional. Con diferencias de énfasis se han enfrentado al respecto destacados pensadores en distintos momentos históricos, por mencionar algunos de ellos, HAMILTON y MADISON con JEFFERSON, Kelsen con SCHMITT y, más recientemente, DWORKIN con WALDRON. Sin embargo, aún en los sistemas actualmente difundidos, consolidado el triunfo de la tesis del control jurisdiccional de constitucionalidad, la tensión lejos está de poder considerarse resuelta. Reaparece la problemática, no con menos fuerza, en materia de interpretación de la Constitución y, más concretamente, de la Constitución y de la ley. Precisamente en tal sentido es que se postulan tesis como la de la «presunción de constitucionalidad de las leyes» o la de la autocontención jurisdiccional –«*self restraint*»- que aquí críticamente se analizarán.

El objetivo de la presente tesis consiste en proponer los lineamientos básicos de un modelo de interpretación jurisdiccional de las disposiciones constitucionales y legales identificadas como relevantes para la resolución de un caso en sistemas de Constituciones rígidas, supremas, normativas, abiertas y materiales. Dicha tarea se emprende con pretensión de generalidad y de equilibrio, fundamentalmente a partir de la idea de sistematicidad del ordenamiento jurídico y sus connotaciones en materia interpretativa, considerando así las notas liberales y democráticas positivadas que sirven de soporte político dual de las Constituciones modernas y que inciden en la delimitación funcional del legislador y de los jueces.

El tema podría en forma incompleta presentarse como un estudio, desde la perspectiva referida, de la denominada interpretación de la ley conforme a la Constitución por el intérprete jurisdiccional. Pero es en verdad más amplio, en tanto el fenómeno indicado parece referir únicamente a un determinado escenario de interpretaciones posibles y alternativas de la ley a la luz de una unívoca interpretación de la Constitución, y se propone aquí considerar también supuestos, que no son pocos y que son los más complejos, en los que concurren razonables interpretaciones alternativas de la Constitución.

El análisis se centra en la interpretación de los textos normativos constitucionales y legales considerando principalmente los escenarios de dudas interpretativas en ambos niveles, las soluciones posibles y los criterios para su definición. Este estudio aspira a contribuir poniendo el foco en la «antesala» interpretativa de la inconstitucionalidad -como resultado conflictivo de la interpretación- o de la solución de un caso con compatibilidad.

A efectos de abordar adecuadamente los problemas planteados en este primer capítulo introductorio, la investigación se estructurará en otros cuatro capítulos de desarrollo y, como es de rigor, se culminará con un capítulo final de conclusiones.

En el capítulo II, con el propósito de trazar una distinción entre Constitución y ley, se analizarán con carácter general diferentes aspectos y variantes del llamado constitucionalismo contemporáneo. Así, se presentará críticamente la diferencia entre Constituciones rígidas y flexibles, la fuerza normativa y supremacía de las constituciones rígidas que contienen disposiciones materiales, su alcance y las objeciones democráticas a las Constituciones actuales a partir de sus aspectos funcionales, para luego efectuar un balance sobre el constitucionalismo y sus tensiones. Se acabará proponiendo una delimitación ponderada aunque tentativa y todavía incompleta del modelo.

En el capítulo III, admitida la supremacía constitucional, se propone analizar las especificidades de la interpretación de las Constituciones modernas. Así, se formulará una propuesta conceptual básica sobre la interpretación jurídica, para referir luego a las singulares complejidades de la interpretación constitucional radicadas en la «apertura» de sus disposiciones, que en buena medida determina un considerable margen de apreciación y que hacen del cotejo con las disposiciones legales una actividad verdaderamente compleja. Se referirá, pues, a los problemas de vaguedad, ambigüedad y textura abierta del lenguaje, a la relativa indeterminación de las disposiciones constitucionales, al carácter mutable o dinámico de las normas por ellas expresadas, a la distinción entre conceptos y concepciones, a los denominados principios y a las normas de fin.

Finalmente, se insistirá en la identidad de esencia entre el método de interpretación de la Constitución y el método de interpretación general de disposiciones normativas escritas, ante todo por una inevitable interpretación literal del texto como punto de partida. Se presentarán, sin embargo, diferencias de énfasis o de intensidad en los aspectos sistemáticos y teleológicos del método. Asimismo, se destacará la utilidad

de partir de una teoría de la Constitución confeccionada preliminarmente de acuerdo a su propia interpretación integral, como basamento para la ejecución de interpretaciones puntuales.

El capítulo IV versará sobre la caracterización de la interpretación legislativa y jurisdiccional de la Constitución, ejecutada por sujetos que desarrollan diferentes funciones y que se posicionan en la tarea con distintos niveles de concreción y de información. Resulta tan necesario el reconocimiento de cierto margen de apreciación legislativa como el de su demarcación, en última instancia jurisdiccional. El constitucionalismo no puede racionalmente entenderse como la defunción de la ley, ello es inconcebible bajo las Constituciones de las que se parte, que incuestionablemente establecen un Poder Legislativo como figura central para la toma de decisiones políticas expresadas mediante leyes en sentido orgánico y formal. Es ello absolutamente inconsistente con el pretendido equilibrio entre el ideal del autogobierno y la protección de derechos que coexisten en los sistemas constitucionales analizados. En dicha línea, se impone estudiar los límites generalmente admitidos de la legislación o, lo que es lo mismo, de la interpretación legislativa de la Constitución, el denominado «contenido esencial» de los derechos y el «principio» de proporcionalidad. Se propondrá, asimismo, un abordaje del problema de los límites de las funciones desde la diferenciación entre políticas como maximización de bienes constitucionales y de derechos como mínimos indisponibles, que entiendo esclarecedor para determinar, según el caso, el órgano competente por razones de materia bajo el modelo constitucional.

Por último, en el Capítulo V se pretende aterrizar buena parte de los aspectos más generales despejados en los capítulos previos en el cotejo concreto y necesario que los órganos jurisdiccionales deben realizar de la Constitución y de la ley para dar solución a los asuntos sometidos a su consideración y sentencia. Así, partiendo de una teoría de la Constitución como resultado de una interpretación sistemática, que entre otras cosas considera la dimensión institucional del principio democrático, se examinan los escenarios posibles de dudas interpretativas. Casos ubicados por el juez en la zona de penumbra de la ley, de la Constitución o de ambas.

En dicho marco, se analizan críticamente categorías difundidas como son la «interpretación de la ley conforme a la Constitución» -refiriendo también al papel de las normas legales sobre interpretación de las leyes-, la «interpretación de la Constitución conforme a la ley», «la «presunción de constitucionalidad de las leyes», la «deferencia

al acto legislativo» y el «*self restraint*» jurisdiccional. El estudio del margen de apreciación jurisdiccional se realiza admitiendo diversos niveles de convicción sobre un elenco de interpretaciones razonables y en función de las características de las disposiciones constitucionales y legales en cuestión, por su formulación -más o menos precisa- y por su materia –política o de derechos-.

2. Precisiones metodológicas y de delimitación del objeto.

(i) La perspectiva del Derecho que se asume y que opera como marco teórico de la investigación es analítico-normativista, por oposición a un posible abordaje realista o de la escuela crítica, y supone un sistema normativo emanado de fuentes sociales, en este caso estructurado a partir de una Constitución formal, identificado en virtud de una regla de reconocimiento. No obstante es notorio que quienes ejercen función jurisdiccional tienen formalmente la última palabra en los sistemas jurídicos, y es ese un factor relevante, parece de mayor utilidad no reducir cualquier estudio jurídico a la consideración de ese único dato.

Es particularmente visible la insuficiencia de tal enfoque ante la constatación de que los propios magistrados son designados en virtud de una serie de normas secundarias que en última instancia radican en una Constitución. Asimismo, se encuentran estos también compelidos mediante normas de obligación o primarias a aplicar el Derecho emanado de fuentes formales -más allá de los márgenes que su interpretación confiere-, también dispuestas por una Carta reconocida como norma y fuente de fuentes.

(ii) El estudio que se propone es de tipo prescriptivo, es decir, que se dirige a un pronunciamiento acerca de cómo los sistemas deberían aplicarse en relación con el punto concreto de análisis, pero en función de sus propios fundamentos positivados, determinados en virtud de un previo análisis descriptivo, esto es, atendiendo a cómo los sistemas escogidos efectivamente son en términos generales. En definitiva, se trata de un estudio de Derecho Constitucional General que refiere a Constituciones rígidas -de distinción formal entre Constitución y ley- abiertas, normativas -por tanto jurisdiccionalmente exigibles- y reconocidas con supremacía. Conformadas a su vez por normas estructurales pero también por normas materiales que determinan una democracia de base representativa, con separación o división de poderes, control de

constitucionalidad de las leyes y un catálogo de derechos abiertos asociados a la noción de dignidad humana.

De todas formas, en sacrificio de la generalidad, para esclarecer determinados puntos se recurrirá a ejemplos de Derecho positivo español y uruguayo, por una doble razón, porque son los que me resultan más cercanos y porque probablemente sean a la vez los de mayor interés para los potenciales lectores de esta tesis.

(iii) En el subcapítulo II.3 se realiza un intento de justificación de las Constituciones rígidas, materiales, abiertas y normativas contemporáneas. El estudio de la interpretación de la Constitución y de la ley en el marco de un modelo como el indicado no me hubiese resultado atractivo ante el convencimiento de que la existencia de ambas categorías lisa y llanamente no se justifica. Probablemente ante una decepción de ese tipo hubiese abandonado el propósito de buscar su presentación más consistente en la concreta fase interpretativa jurisdiccional, para en su lugar insistir en el cuestionamiento del modelo. De todas formas, lo expresado como justificación no deja de ser un esfuerzo preliminar, pues un estudio de tal envergadura no puede sino esbozarse en una tesis como la que aquí se desarrolla cuyo objeto específico es otro.

(iv) Deben también descartarse las posibles expectativas de encontrar un análisis acabado de la interpretación constitucional y de la interpretación de la ley, por las mismas razones que vienen de mencionarse en el párrafo que antecede, ello no sería serio. Se estudiarán únicamente con la profundidad suficiente para cumplir razonablemente con el objetivo propuesto que, como se indicó, se circunscribe al tratamiento del problema de la interpretación concomitante de disposiciones de ambos rangos por parte de órganos jurisdiccionales.

(v) Se asume aquí la existencia de ordenamientos jurídicos nacionales, cuya individualidad aún se reconoce pese a que resulta cada vez más difícil considerarlos aisladamente, desconectados o escindidos de un sistema internacional.

Puede a primera vista parecer cuestionable en la actualidad la utilidad de un análisis que se circunscriba exclusivamente al plano interno, que a través de la interpretación refiera en definitiva a las relaciones entre Constitución y ley y entre jueces y legislador. Máxime en pleno auge del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de existencia de órganos jurisdiccionales internacionales en la materia -como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Derechos Humanos- y de la doctrina del «control de convencionalidad» de actos de Derecho doméstico. No puedo dejar de reconocer que un análisis completo de la interpretación

jurisdiccional nacional de las disposiciones relevantes para la solución de un caso debe referir también a las emanadas de fuentes internacionales o supranacionales.

De todas formas, los límites aquí establecidos para evitar que la complejidad del planteamiento torne inabarcable la tesis, están lejos de comprometer la utilidad de la investigación. No sólo porque en verdad pueden configurarse casos de resolución exclusiva en atención a la Constitución y a la ley -ello es ostensible en cuestiones relacionadas con la parte orgánica-, sino también porque algunas conclusiones pueden aplicarse *mutatis mutandis* a interpretaciones efectuadas por el juez internacional o bien a la interpretación del juez nacional de disposiciones internacionales en su cotejo con otras constitucionales y legales.

Por último, entiendo también se justifica el estudio, muy especialmente, en la medida en que permite evidenciar la forma en la que puede impactar la jurisdicción internacional sobre un equilibrio entre dignidad humana y autogobierno o igualdad política desde una perspectiva institucional que, incluso en el nivel Constitucional, no es sencillo de encontrar.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y LEY

1. La distinción formal entre Constitución y ley.

La distinción formal entre Constitución y ley es insoslayable para que pueda generarse el problema del cotejo entre disposiciones constitucionales y legales como materiales relevantes para la resolución de un caso por parte de órganos jurisdiccionales según en esta investigación se pretende explorar. Es posible plantearse supuestos de supremacía material exclusivamente en función de un contenido socialmente consensuado como constitucional, incluso en modelos en los que no se identifique una Constitución en el sentido formal. Pero lo cierto es que el foco aquí se pone en la particular forma de relación jerárquica que se entabla entre disposiciones contenidas en actos constitucionales y legislativos formales y escritos, esto es, diferenciados por su procedimiento, formas de elaboración y modificación, en el marco de sistemas jurídicos escalonados.

Es así que conviene en primer término detenerse en el concepto de Constitución formal y para ello es de utilidad acudir al contraste con los casos en los que no existe una Constitución en tal sentido, presentando la asentada clasificación entre constituciones rígidas y flexibles, para poder luego referir al modelo de la distinción de disposiciones por su fuente y su justificación.

El cuestionamiento de los fundamentos de la distinción entre Constitución y ley desde el punto de vista formal es de suma y vigente importancia. Pese a encontrarse globalmente generalizado el sistema de la dualidad es actualmente centro de importantes y revitalizadas críticas, encarnadas en la llamada objeción democrática y en su manifestación puntual como dificultad contra-mayoritaria en materia de justicia constitucional. Se impone entonces un especial cuidado para elaborar una fundamentación consistente de la distinción que sirva de soporte de un modelo de interpretación jurisdiccional de disposiciones de ambas clases de actos.

La clasificación entre constituciones rígidas y flexibles fue planteada hace más de un siglo por James BRYCE y toma como criterio divisor la relación de cada Constitución –entendida en un sentido sustancial por el autor como «*la forma y*

disposiciones de un sistema político»¹- con las leyes ordinarias y sus mecanismos de elaboración. Así, define a las Constituciones flexibles como aquellas que proceden de las mismas autoridades que hacen las leyes y son promulgadas o abolidas según un mismo procedimiento². Como categoría opuesta presenta a las Constituciones rígidas, que serían aquellas en las que el instrumento -o instrumentos- en que están contenidas no procede de la misma fuente que las otras leyes sino que es promulgado por un procedimiento distinto, reconociéndosele por ello mayor fuerza³.

El mecanismo diferenciado de elaboración de actos constitucionales no debe necesariamente asociarse a su establecimiento en los textos constitucionales – configurando así el denominado Poder Constituyente derivado o de reforma- sino que puede ser socialmente reconocido. El núcleo de la clasificación no radica en la fuente de los procedimientos sino en la convicción sobre la efectiva divergencia.

Así, las dudas que puedan generarse en torno a la flexibilidad, rigidez, o incluso el carácter inmodificable de una Constitución que omita pronunciarse sobre sus posibilidades y procedimientos de reforma, debe dirimirse en un nivel todavía más abstracto, en el plano de la regla de reconocimiento.

A partir de un supuesto como el indicado, PACE propone una concepción de las Constituciones escritas como «naturalmente» rígidas en tanto supremas y de entender por rigidez la solución más extrema, directamente la imposibilidad de modificación. Los procedimientos de reforma agravados en relación con los de creación legislativa, es decir, la rigidez en el sentido original del término, serían paradójicamente en la concepción mencionada el resultado de una especie de flexibilización⁴. Independientemente de las cuestiones terminológicas, puntualmente del sentido

¹ James BRYCE: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 9. La clasificación es generalmente reconocida en la dogmática e incluida en los tratados y manuales de Derecho Constitucional. Véase, por otros tantos, en España Francisco BALAGUER CALLEJÓN y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 122, Manuel ARAGÓN REYES: “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 183 y siguientes, y en América Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, págs. 36 a 38, Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Lecciones de Derecho Constitucional 1º*, Tomo I, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Eduardo G. Esteva Gallicchio, Montevideo, págs. 30 a 32, Néstor Pedro SAGÜÉS: *Teoría de la Constitución*, 1ª Edición 1ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, págs. 234, 235, 299 y 316.

² James BRYCE: Ob. Cit., pág. 9.

³ IDEM, pág. 10.

⁴ Alessandro PACE y Joaquín VARELA: *La rigidez de las Constituciones escritas*, Cuadernos y Debates, 58, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 19 y 20. Véase también Benito ALAEZ CORRAL: “Supremacía y rigidez constitucional”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 16, número 47, mayo-agosto de 1996, págs. 379 y 380.

alternativo que se confiere a la voz «rigidez», el punto de partida de la tesis parecería ser precisamente el reconocimiento de la supremacía constitucional y, naturalmente ligado a ella, un también asumido carácter inmodificable de la Constitución.

Es posible en un estudio histórico como el que propone el autor con cierta precisión pronunciarse sobre la rigidez, flexibilidad o imposibilidad de modificación de una determinada Constitución escrita. Sin embargo, el problema no puede generalizarse ni conceptualizarse más allá de su radicación en la regla de reconocimiento. De no establecerse un mecanismo legítimo, especial y formalmente establecido para la emisión de actos constitucionales, consignado en una Constitución socialmente reconocida como fuente formal, la solución podrá ser cualquiera de las referidas, dependiendo de cómo puntualmente la comunidad la reconozca. En caso de verdadera inexistencia de una convicción social al respecto, ante la ausencia de solución, existirá en su gestación un destacado lugar para la fundamentación prescriptiva.

De aquí en más se preferirá la terminología tradicional, que es además la más difundida, diferenciando rigidez de flexibilidad constitucional en función de las diferencias procedimentales para el perfeccionamiento de actos constitucionales y legislativos, considerando también la categoría de la «inmodificabilidad» o «petrificación». En este último caso necesariamente en relación con la reforma y no con la forma de su creación, pues la Constitución inmodificable debió seguir algún procedimiento para su perfeccionamiento, formalmente preestablecido o no, diverso del legislativo ordinario o no.

Debe tenerse presente que la rigidez no exige que las Constituciones se aprueben o modifiquen por actos emanados de órganos diversos de los previstos para la sanción de la legislación ordinaria, sino, con mayor amplitud, es suficiente con alguna divergencia entre los procedimientos y formas. Entre los posibles métodos que en los sistemas de Constitución rígida pueden plantearse para sus propias enmiendas el jurista británico menciona la aprobación por el Poder Legislativo pero con condiciones que obliguen a obrar de una manera especial y diferente de la empleada en la aprobación de los «estatutos» ordinarios –léase actos legislativos formales-⁵.

Si bien el agravamiento de los procesos no es una característica considerada en forma expresa por BRYCE, pues estrictamente refiere a la diferencia y no a la complejidad en las formas, se deriva con bastante claridad de su discurso que el modelo

⁵ James BRYCE: Ob. Cit., págs. 78 y 79.

de la rigidez aspira a una cierta estabilidad y que es con dicho fin que se distinguen decisiones ordinarias de extraordinarias. De ello se sigue que para que estas últimas efectivamente lo sean, razonablemente el procedimiento correspondiente para su adopción debe ser no sólo distinto del establecido para la legislación ordinaria, sino en algún sentido de concreción más compleja⁶. En el subcapítulo siguiente se analizarán las justificaciones de la rigidez constitucional, pero cabe adelantar aquí que no sólo la estabilidad suministra razones en su defensa, sino que existen otras posibles finalidades del instrumento como el poner límites a los gobernantes y dotar a determinadas decisiones de mayor legitimidad democrática⁷.

Así, no puede verdaderamente afirmarse que las especiales exigencias se fundan necesariamente en un afán de estabilidad, puede que ello sea un fin en sí mismo -en tanto la predictibilidad en el Derecho sin dudas lo es-, pero también es una consecuencia de otros propósitos también valiosos que conforman junto con aquel una justificación más completa.

Los diversos métodos para dotar de forma a las decisiones políticas extraordinarias de una comunidad, en principio finalizados al tratamiento de las cuestiones reconocidas como propiamente constitucionales en un sentido sustancial, pueden presentar mayores o menores niveles de exigencia, y determinar así una tendencia a la mayor o menor estabilidad de las disposiciones constitucionales. Si bien en todos los casos los procedimientos en cuestión son esencialmente democráticos, pues el constitucionalismo contemporáneo lo es, efectivamente pueden establecerse soluciones que por la intensidad y articulación de los propósitos antes referidos –de

⁶ Véase Paolo BISCARETTI DI RUFFIA: *Derecho Constitucional*, Traducción de Pablo LUCAS VERDÚ, Tecnos, reimpresión de la 1ª Edición, Madrid, 1974., págs. 275 y ss. Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 12ª impresión, 2012, pág. 51. Víctor FERRERS COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Revista DOXA*, 23, 2000, pág. 29. En el mismo sentido también ver Hans Kelsen: *Teoría Pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 1989., pág. 148. Traducción de la edición francesa de 1953. Este último indica que el procedimiento de elaboración de actos constitucionales no sólo tiene que ser diferente del previsto para la elaboración de las leyes ordinarias sino que debe presentar «mayores dificultades».

⁷ Dependiendo de la concepción de la democracia que se asuma, los rasgos más salientes que tenderán a privilegiarse serán unos u otros. De todas formas, parecería que cuando se establece o reconocerse un determinado procedimiento de elaboración de actos constitucionales, por ejemplo, al disponerse un pronunciamiento directo de la comunidad o constituirse un órgano igual o más representativo que el legislativo ordinario con el propósito exclusivo de discutir la reforma, o incluso al exigirse una mayoría especial –pese a ser el flanco de las mayores críticas democráticas-, se lo hace en el entendido de que de esa forma se confiere especial soporte democrático a la decisión.

estabilidad, de limitación del poder y de legitimidad democrática- resulten en buena medida restrictivas de un ideal de autogobierno⁸.

Las taxonomías más recientes de los procedimientos de reforma no difieren demasiado de las acuñadas en su momento por BRYCE, pese a que la formulación de estas últimas no parece efectuarse con intencionalidad de exhaustividad teórica sino más bien con propósito descriptivo y alcance enunciativo⁹.

Así, las exigencias que pueden instituirse para diferenciar los procedimientos de elaboración de actos constitucionales de los procedimientos legislativos ordinarios, no obstante posibles combinaciones de varias de ellas¹⁰, presentadas en sus manifestaciones aisladas, en una reducción para que así consideradas sean suficientes para conferir rigidez, pueden resumirse en las siguientes fórmulas:

(a) la aprobación del proyecto por la totalidad del cuerpo electoral en función de un instituto de gobierno directo -usualmente llamado referéndum-¹¹;

(b) la aprobación del proyecto por un órgano representativo cuyos soportes son especialmente elegidos para ese fin y que se disuelve cuando termina su labor - usualmente denominado convención o asamblea constituyente-;

(c) la aprobación del proyecto con participación de ciertas personas jurídicas u órganos locales¹² -fundamentalmente presente en constituciones de Estados Federales o con grados importantes de descentralización territorial-;

(d) la aprobación del proyecto por parte de los órganos legislativos ordinarios pero mediante diversas mayorías cualificadas;

(e) la aprobación por órganos legislativos ordinarios pero celebrando para ello diversas votaciones sucesivas a determinados intervalos de tiempo con el mismo objeto,

⁸ Es esta la base de la llamada «objeción democrática» que cuestiona la rigidez constitucional y el control judicial de constitucionalidad de las leyes y que se analizará en el punto siguiente de este subcapítulo.

⁹ Vid James BRYCE: Ob. Cit., págs. 12 y 13.

¹⁰ Como las que se disponen, por ejemplo, en el artículo 168 de la Constitución española o en el artículo 331 literales B, C, D, y eventualmente en el A, de la Constitución uruguaya.

¹¹ En ciertos casos, como el literal A del artículo 331 de la Constitución uruguaya, no sólo se establece que el cuerpo de ciudadanos debe aprobar los proyectos de reforma -dicha Constitución establece que cualquier proceso de reforma no se concluye sino hasta la aprobación de la ciudadanía (denominada sin demasiado rigor técnico como plebiscito), sino que también se confiere iniciativa constituyente en la medida en que un diez por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico pueden proponer proyectos de reforma constitucional que deben someterse a «plebiscito» (insisto en que es esa la terminología de la Constitución uruguaya) en las elecciones nacionales siguientes a la propuesta o en la subsiguiente si se presenta con menos de seis meses de antelación en relación con la elección nacional inmediata.

¹² Léase en este caso por oposición a nacionales.

es decir, la obligación de reconsiderar el proyecto sometido a resolución -las llamadas cláusulas de enfriamiento¹³-; y

(f) la aprobación de los órganos legislativos ordinarios pero actuando en sesión especial, que puede consistir, por ejemplo, en la actuación en reunión de ambas Cámaras en sistemas bicamerales o, incluso, en la mera indicación de que se pretende reformar la Constitución sin que ello implique otras alteraciones en la tramitación ni en las mayorías exigidas¹⁴.

FERRERES sistematiza las alternativas de reforma en función de tres factores¹⁵. El primero de ellos es el número de instituciones políticas que participan en el procedimiento con su consentimiento. Este factor comprendería la fórmula indicada en el punto (c) del párrafo que antecede. El segundo es el tamaño de las mayorías exigidas, esto es, si es suficiente una mayoría simple o se impone una mayoría especial para instrumentar la reforma. Este factor determina el supuesto indicado en el punto (d). Por último, plantea la exigencia o no la participación del pueblo para el perfeccionamiento del acto constitucional, en forma directa, a través de un instituto de gobierno directo; o en forma indirecta, mediante la elección de una asamblea de propósito específico. Nótese que eventualmente la participación popular podría también manifestarse en la elaboración del proyecto y no meramente limitarse a la ratificación de una reforma o la elección de unos representantes. Este tercer factor comprendería las fórmulas indicadas en los puntos (a) y (b) antes referidos.

Como puede observarse, no son suficientes las variables referidas para comprender las fórmulas establecidas en los puntos (e) y (f), respectivamente las cláusulas de enfriamiento y la aprobación en sesión especial del legislador ordinario. En el primer caso, ello parece responder a una insuficiencia de la reducción propuesta, sin embargo, en el segundo caso ello es cierto solo en parte, pues también existe una diferencia conceptual.

Específicamente en lo que refiere al requisito de la explicitud del órgano legislativo ordinario en el tratamiento de una reforma constitucional, lo cierto es que

¹³ Vid Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, *Revista DOXA*, número 24, 2001, pág. 466.

¹⁴ Sobre alternativas para conferir rigidez a una Constitución véase también Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Lecciones de Derecho Constitucional I*°, Ob. Cit. págs. 52 y 53 y Darío BURSTIN, Serrana DELGADO MANTEIGA, Leandro FRANCOLINO, José GÓMEZ LEIZA, Guzmán RODRÍGUEZ y Oscar SARLO: *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?*, Edit. FCU, Montevideo, 2010, págs. 17 y ss.

¹⁵ Víctor FERRERES COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, Ob. Cit., págs. 30 y 31.

este autor, siguiendo a DE OTTO¹⁶, no incluyó la fórmula por considerarla determinante de un supuesto de flexibilidad y no de rigidez. En la medida en que la enunciación expresa de que se tratará materia constitucional es una exigencia de forma y no requerida respecto de otros actos legislativos, que nada especifican para la identificación formal de la materia que tratarán, a mi modo de ver no existen razones para distinguir dicho caso de los otros mencionados. Como se detallará al analizar el problema de la supremacía, se presenta entre ellos únicamente una variación de grado¹⁷.

Por su parte, considerando la problemática de la reforma de la Constitución y su correlación con una versión del principio democrático que asume como ideal la decisión mayoritaria simple, LAPORTA realiza un listado ordenado de las diferentes posibilidades de procedimientos de reforma constitucional¹⁸. Allí se parte de supuestos de petrificación, esto es, de Constituciones, secciones o cláusulas inmodificables¹⁹, como dispone la Ley Fundamental de Bonn en relación con las disposiciones que refieren a la estructura federal y a los derechos fundamentales²⁰, hasta llegar al escenario de estricta flexibilidad. Además de los casos referidos en la tipología enunciada parágrafos arriba, aunque también en este caso se omite la elección de representantes *ad hoc* que

¹⁶ IDEM (Ver nota al pie 2). Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., pág. 62.

¹⁷ Véase en el mismo sentido la posición de Joaquín VARELA en Alessandro PACE y Joaquín VARELA: Ob. Cit., pág., 96; Juan Carlos BAYÓN: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGÓN, PALERMO, LAPORTA Y PIETRO SANCHÍS: *Constitución y derechos fundamentales*, págs. 132 y 133; Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob. Cit., pág. 467. Claudina ORUNESU: *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012. pág. 106. En contra, además de FERRERES y DE OTTO (ver nota al pie anterior), Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid, 2009, pág. 154.

¹⁸ Los autores que repudian el establecimiento de una Constitución rígida, apuntan fundamentalmente contra un tipo de rigidez determinada por la exigencia de mayorías cualificadas, pues parten de la regla de la mayoría –simple– como único procedimiento decisorio que respeta la igualdad en el poder de voto. El excelente trabajo de LAPORTA es, entre otras cosas, de suma utilidad precisamente para demostrar que los embates referidos se dirigen a una forma de rigidez y que pierden en buena medida su sentido si – como suele hacerse– se generaliza la crítica a cualquier supuesto de rigidez.

¹⁹ La imposibilidad de reforma puede ser establecida durante cierto tiempo, como se establecía en la Constitución argentina de 1859 o con carácter definitivo, sobre toda la Constitución o sobre disposiciones puntuales. Sobre Constituciones pétreas y límites a la reforma véase Néstor Pedro SAGÜÉS: *Teoría de la Constitución*, Ob.Cit., págs. 299 y siguientes. Véase una crítica a la inexistencia de posibilidades de reforma y una defensa de la posibilidad de reformar la totalidad de la Constitución sin que se establezcan límites de contenido en Manuel ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 34 a 37. En el subcapítulo 2.3 sobre la justificación de las constituciones formales contemporáneas se analizará con mayor profundidad este problema.

²⁰ Entiendo que no cabe a este supuesto el rótulo de la rigidez. Al menos como se la ha entendido tradicionalmente, parecería que la rigidez implica mecanismos agravados en relación con el procedimiento legislativo y no la lisa y llana exclusión de tal posibilidad. Como se adelantó, es preferible referir a estos casos como petrificación o «inmodificabilidad». De todas formas, es posible clasificar la Constitución según el procedimiento por el que fue creada y según los procedimientos que establece o se reconocen para su reforma. Este punto se desarrollará sobre el final de este subcapítulo.

conformen una convención o asamblea constituyente²¹, se incluyen las combinaciones posibles de los restantes supuestos simples que arrojan modalidades compuestas de requisitos de reforma. Por ejemplo, la exigencia de una mayoría especial de los órganos legislativos ordinarios y, además, la exigencia de un referéndum ratificatorio²².

Caracterizada la rigidez -y petrificación- constitucional, resta argumentar sobre su coincidencia o no con el concepto de Constitución formal. La clasificación entre Constituciones rígidas y flexibles parte de una observación de sistemas en función de una concepción de Constitución en sentido sustancial, con el propósito de identificar sus diferentes formas de instrumentación. No obstante, toda vez que se asume algún mecanismo que determina la rigidez de ello necesariamente se sigue la individualización de un acto jurídico, formalmente diferenciado en algún sentido de la legislación ordinaria: la Constitución en una acepción estrictamente formal. No necesariamente la Constitución así entendida tendrá exclusivamente, ni mantendrá, un contenido materialmente constitucional, cualquiera sea el sentido que a éste se le confiera. Pero toda disposición aprobada por los procedimientos previstos para la reforma constitucional -en principio y salvo que la propia Constitución disponga lo contrario y así se reconozca- tendrá el valor y fuerza de una norma constitucional por su forma. Así se la considerará en el marco de un sistema reconocido de supremacía determinado por la fuente.

Es en dicho sentido que, atinadamente, indica RUBIO LLORENTE que la supremacía de la Constitución entraña su rigidez de una forma tan profunda que ha hecho posible el surgimiento de una concepción de Constitución puramente formal, ajena a la que es propia del constitucionalismo²³. Es así que en los sistemas de Constitución rígida existe una distinción formal entre Constitución y ley como dos tipos de actos jurídicos, que se distinguen por su forma y no por otra cosa. Desde una mirada

²¹ Entre otros, también ELSTER realiza un listado similar a los anteriores de los posibles obstáculos –así les llama- que deben salvarse para una enmienda constitucional. Si bien no incluye el supuesto de la convención constituyente en el listado, seguidamente lo menciona al referir al procedimiento -nunca usado- que en tal sentido establece la Constitución de Estados Unidos de América. Vid Jon ELSTER: *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa, Barcelona 2002, pág. 124. Título original en inglés: *Ulises Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2000.

²² Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, Ob. Cit., págs., 465 a 467.

²³ Francisco RUBIO LLORENTE: “El concepto de Constitución”, Nota preliminar”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 16. En el subcapítulo siguiente de este subcapítulo se ahondará en el concepto de constitucionalismo y las nociones materiales de constitución.

prescriptiva deberían orientarse a contener respectivamente una materia constitucional y una materia legislativa diferenciadas, aunque ello no necesariamente suceda.

En consonancia con los fundamentos de la distinción, paralelamente se reconoce una supremacía más o menos intensa y reforzada de la primera respecto de la segunda, vale insistir, precisamente en atención al diseño de las formas establecidas, que en un sistema de fuentes formales adquiere singular relevancia.

La noción de Constitución rígida, como se indicó, se articuló originalmente en función de una concepción material, pues para realizar la distinción con la flexible se analizan las formas que la contienen y para ello se presupone su concepción sustancial. Empero, parecería que desde que se verifica la existencia de actos jurídicos que se elaboran conforme procedimientos diferenciados y agravados en relación con los legislativos ordinarios, a los que se les reconoce jerarquía, debe postularse que existe Constitución rígida aunque su contenido no sea plenamente «constitucional». El criterio material, de utilidad contingente por el método descriptivo puntualmente empleado, pierde relevancia desde que los modelos se analizan en forma puramente conceptual.

Puede que no todas las normas de una Constitución formal refieran a lo que en una comunidad se reconoce como materia constitucional y podría eventualmente sostenerse -no sin esfuerzo-, con alguna remota base en los orígenes de la clasificación, que en atención también a la materia podría llegar a presentarse versión más restringida de Constitución rígida no coincidente con la formal. Así, ésta se conformaría por un conjunto menor de normas que comprendería exclusivamente aquellas que sean además de formales materialmente constitucionales, y excluiría otro conjunto de normas que serían efectivamente rígidas pero no constitucionales. Un intento en esos términos podría esbozarse valiéndose de la imprecisión de la relación y eventuales conexiones entre forma y materia en la tesis mencionada, pues parece asumirse desde la razonabilidad una coincidencia entre forma y contenido sin atender directamente el supuesto de relación parcial ni a la eventualidad a todas luces injustificada pero conceptualmente posible de separación total.

Sin embargo, debe desecharse tal alternativa, que pondría el énfasis en el mantenimiento de la conexión formal y material inicial, pues, además de añadir innecesariamente complejidad conceptual, llevaría a sostener que podría existir simultáneamente una Constitución rígida y flexible, lo que definitivamente luce inaceptable en el discurso de sistemas opuestos planteado por BRYCE.

Hasta aquí parecería que como es usual²⁴ cabría finalmente reputar que Constitución formal y Constitución rígida refieren a lo mismo, más allá de la formulación de las concepciones, respectivamente, desde un enfoque puramente teórico o basado en la observación y generalización a partir de sistemas existentes de determinadas características. Pero la clasificación de BRYCE presupone el carácter reformable de las Constituciones²⁵ y ello genera algunas fisuras en la equiparación que sugieren alguna precisión final. Podrían existir Constituciones formales, diferenciadas en su forma de los actos legislativos, pero inmodificables, por disposición expresa o ante ausencia de previsión por verificación de un reconocimiento social en tal sentido.

Debe diferenciarse al aplicar la clasificación el procedimiento efectivamente implementado para el perfeccionamiento de una Constitución en cuestión y el procedimiento establecido o reconocido para la creación de nuevos actos constitucionales. En el primer supuesto coinciden plenamente rigidez y formalidad, en el segundo no necesariamente, pues en atención a su «reformabilidad» una Constitución formal determinada puede ser tanto rígida como inmodificable.

2. Normatividad, supremacía y alcance de la Constitución.

2.1. La normatividad de la Constitución y su supremacía.

La Constitución en un sentido formal, en tanto continente de normas jurídicas primarias y secundarias²⁶ independientes²⁷ a partir de las cuales se desarrolla y desenvuelve el resto del ordenamiento jurídico, diferenciada del resto de los actos jurídicos en su particular procedimiento de elaboración y dotada de mecanismos de especial defensa jurídica, es efectivamente el acto jurídico de mayor valor y fuerza²⁸ de

²⁴ Véase, por muchos, Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Lecciones de Derecho Constitucional 1º*, Ob. Cit., pág. 31.

²⁵ James BRYCE: Ob. Cit., pág. 10.

²⁶ Se distinguen a efectos de este trabajo normas primarias y secundarias de acuerdo a la terminología de HART. Las primeras regulan la conducta y pueden alternativamente denominarse normas de obligación; las segundas refieren a potestades jurídicas para la creación de las primeras y pueden en forma algo simplista denominarse normas de competencia. En puridad las reglas secundarias se dividen en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

²⁷ Véase Eugenio BULYGIN: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos” y “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, ambos en *Revista DOXA*, N° 9, 1991.

²⁸ Sobre el concepto de valor y fuerza, aunque referidos a la ley y no a la Constitución, véase en referencia al Derecho positivo italiano Aldo SANDULLI: “Legge. Forza di legge. Valore di legge”, en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno VII, Dott. A, Giuffrè, 1957, págs. 3 a 10; y en el marco del

fuente interna²⁹ de los sistemas jurídicos en los que se enmarca el problema que pretende aquí estudiarse³⁰.

Ello es así en tanto resulta con tal alcance reconocida socialmente, si se acepta la individualización del ordenamiento jurídico operativo bajo la persuasiva regla de reconocimiento de HART³¹, en gran medida asimilable al criterio de la convicción colectiva de la comunidad propuesto CASSINELLI MUÑOZ³². En definitiva, la Constitución es ante todo norma interna suprema y fuente de fuentes porque existe en dicho sentido una práctica a su respecto aceptada en la comunidad, una convicción reflejada en conductas de los practicantes. Conforme otras posturas teóricas, podría explicarse tal carácter y valor de la Constitución en función de una norma fundamental hipotética -en la primera postura de Kelsen al referir a un orden jurídico nacional-³³, o en virtud de una regla conceptual y vigente -en la tesis de Bulygin³⁴-.

Debe precisarse que en sistemas jurídicos de fuentes formales como los que aquí se consideran las normas se presentan como entes contingentes que deben su existencia, pertenencia al sistema o validez -en la terminología de Kelsen- a un ente necesario anterior que es eventualmente también contingente en relación a una norma de superior

derecho positivo español Francisco RUBIO LLORENTE: “Rango de ley, valor de ley y fuerza de ley”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen II, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 873. Con carácter general, véase Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Lecciones de Derecho Constitucional Iº*, Ob. Cit., págs. 178 y 179.

²⁹ Cabe también aquí formular la salvedad previamente indicada en el capítulo introductorio de que es cada vez más difícil escindir los ordenamientos internos de los internacionales, pero por razones de delimitación del objeto, se ha centrado la investigación en las disposiciones constitucionales formales y no en las normas de fuente internacional que puedan también reconocerse en ocasiones aplicables o en una tesis más fuerte como integrantes de un sistema complejo.

³⁰ En la medida en que en la tesis de HART la regla de reconocimiento es efectivamente una regla social puesta, no presupuesta, podría llegar a sostenerse que es en puridad ésta la norma de mayor valor y fuerza de todo sistema. Entiendo que la regla de reconocimiento no compone el sistema, pues meramente lo identifica sin integrarlo. En cualquier caso, sería de todas formas suficiente con realizar una salvedad para poder mantener la afirmación incluso en la primera interpretación de la postura de HART, pues debería sostenerse que de existir una Constitución formal reconocida, ella constituye el acto jurídico “formal” de mayor valor y fuerza del sistema o, si se prefiere, el acto de mayor valor y fuerza del Derecho reconocido.

³¹ Véase H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, págs. 117 y 125

³² Véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, págs. 18 y 19, e intervención en *Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías/ En conmemoración del 40 aniversario de la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948, “Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”*, Segunda Serie, Nº 13, Montevideo, 1990, págs. 112 y siguientes.

³³ Véase Hans Kelsen: *Ob. Cit.*, págs. 139 y 147. Más adelante en su obra plantea la tesis de que en puridad la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales sería una norma positiva –no hipotética o supuesta- del Derecho Internacional.

³⁴ Véase Eugenio BULYGIN: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos” y “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, en *Ob. Cit.*

jerarquía en virtud de la cual fue a su turno creado³⁵. Esta sucesión de normas que son identificadas por su fuente o, lo que es lo mismo, de acuerdo con su *pedigree* -en los términos de DWORKIN³⁶-, por razones pragmáticas requiere de la definición de un punto de partida. La cadena de validez o pertenencia, aunque de forma inútil, podría extenderse mediante reconducciones infinitamente.

Es por eso que para comenzar a desarrollar el tema del valor normativo de la Constitución, se asume aquí la identificación de un sistema nacional actualmente reconocido, conformado por una Constitución formal que opera como pieza fundamental sobre la que reposa el resto del ordenamiento³⁷.

La aclaración inicialmente efectuada sobre el «origen» del valor de las Constituciones formales no es banal, en la medida en que los juristas, como atinadamente destacan ATIENZA y RUIZ MANERO, por lo general tienden a desatinadamente radicarlos en ellas mismas. Por lo que viene de enunciarse, no puede razonablemente sustentarse la validez del sistema o el valor normativo de la propia Constitución³⁸ sino extra-sistémicamente.

Así, por insistir con algunas de las posiciones seleccionadas, su particular valor puede justificarse o explicarse a partir de una norma fundamental hipotética que presupone válida a la Constitución -explicación en verdad algo trivial-; de una regla de reconocimiento -aunque social y no formulada, puesta y no supuesta como la *grundnorm*³⁹-; o de cuestiones puramente empíricas como la vigencia sociológica o la

³⁵ Hans KELSEN: *Teoría pura del derecho*, Ob.Cit. pág. 147, Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, 2ª Edición 15ª Reimpresión, Edit Astrea, Buenos Aires, 2010, págs. 114 y ss. y 153, H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 133.

³⁶ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*. Editorial Planeta-Agostini, Barcelona, 1993, pág. 65 y siguientes. Traducción del original en inglés, *Taking rights seriously*, 1977.

³⁷ Sobre identificación o individualización de los sistemas jurídicos, no obstante los autores específicamente citados en las notas 2, 3, 4 y 5, ver Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., págs. 118 y ss. Diego GAMARRA ANTES: “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en *Revista Ruptura*, número 6, abril de 2015, FCU, Montevideo, págs. 163 a 187.

³⁸ Véase Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Edit Ariel, Barcelona, 1996, págs. 144 y siguientes. Allí critican las posiciones de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Ignacio DE OTTO y Gregorio PECES BARBA que aspiran a fundamentar dentro del sistema el valor normativo de la Constitución. Más adelante, en el capítulo V punto 7, según entiendo su posición, ATIENZA y RUIZ MANERO parecen incurrir en un error en cierto sentido similar al criticado al postular que la regla de reconocimiento es una norma de obligación.

³⁹ Véase, entre otros, Ricardo GUASTINI: “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/16guastinibobbio.pdf, Serrana DELGADO: “La regla de reconocimiento de Hart y el problema de seguir una regla”, en *Revista Ruptura*, Número 3, FCU, Montevideo, 2012, pág. 76, Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Ob. Cit.*, pág. 143, Diego GAMARRA ANTES: “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos

convicción colectiva sobre un sistema previamente formulado y conceptualmente definido con la Carta a la cabeza.

Admitida en los términos antedichos la Constitución como fuente formal primaria de validez, en tanto la potestad normativa para la creación de los restantes actos jurídicos -formalmente diferenciados- por ella se confiere⁴⁰, por razones de consistencia se justifica se establezca o reconozca alguna forma de superioridad. Se produce así un escalonamiento en función de la atribución de distinto valor y fuerza normativa⁴¹, que determina que mediata o inmediatamente resulten todos los actos subordinados a la Carta. En definitiva existe una dependencia necesaria entre ésta y los restantes actos, que determinan la supremacía⁴² de la primera o, si así se prefiere, su mayor jerarquía normativa o de fuentes⁴³.

Cabe seguidamente cuestionarse, pues, en qué consiste esa supremacía y qué relaciones concretas genera entre la norma superior y los restantes actos del sistema. Fácilmente puede percibirse que ello es de singular importancia para poder luego afinar y avanzar en el estudio de los detalles de la relación entre la Constitución y la ley como acto inmediatamente subordinado en el ordenamiento jurídico. Un insumo relevante para la edificación de esta tesis.

Antes de comenzar con el análisis de la supremacía en los modelos de Constituciones rígidas, es menester todavía realizar alguna apreciación, crítica, sobre las posibles modalidades de jerarquía normativa. Se partirá a esos efectos de una clasificación propuesta por GUASTINI, quien distingue cuatro categorías de jerarquías normativas, a saber:

comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en Ob. Cit., pág. 171.

⁴⁰ De aquí en más, toda vez que se refiera a la Constitución, si no se aclara que se utiliza el término en un sentido diverso, deberá entenderse que se refiere a una Constitución formal socialmente reconocida y por lo tanto dotada de fuerza normativa.

⁴¹ Es necesario realizar aquí alguna aclaración, pues el escalonamiento, aunque necesario, puede agotarse a un solo paso de la Constitución. No existe escalonamiento por ejemplo entre ley y reglamento autónomo, pues este último se subordina directamente a la Carta. Las combinaciones de valor y fuerza no se corresponden siempre exclusivamente con un único tipo de acto jurídico. Pueden, a su turno, determinados actos poseer diferentes ámbitos de competencia –por ejemplo territorial- que generan una relación horizontal. Un análisis detallado de la jerarquía normativa teniendo en cuenta estas complejidades, entre otras, puede verse en Tomás REQUENA LÓPEZ: *El principio de jerarquía normativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

⁴² ARAGÓN REYES prefiere denominarla «supralegalidad» y reservar el término «supremacía» para referir a la superioridad política. Véase Manuel ARAGÓN REYES: “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en Ob. Cit., págs. 171 y 172. En la medida en que el término más difundido para referir a la superioridad de fuerza normativa entiendo sigue siendo el de supremacía, es éste el que de aquí en más se empleará, indicando en cada caso si es que excepcionalmente se hace referencia a la superioridad política y no se la denomina de otra forma.

⁴³ Véase Hans KELSEN: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., págs. 147 y 148.

(a) jerarquías estructurales o formales, para referir a aquellas que median entre las normas sobre la producción jurídica y aquellas cuya producción es regulada por ellas, que no refieren en lo absoluto al contenido de la norma inferior;

(b) jerarquías materiales o sustantivas, aquellas que median entre dos normas siempre que una tercera establezca que una de las dos primeras es inválida cuando entra en conflicto con la otra;

(c) jerarquías lingüísticas o lógicas, aquellas que median entre dos normas siempre que una verse (metalingüísticamente) sobre la otra; y

(d) jerarquías axiológicas, aquellas que media entre dos normas siempre que el intérprete adscriba comparativamente mayor valor –en sentido axiológico- a una norma que a otra⁴⁴.

Descartada la importancia, en lo que aquí concierne, del supuesto indicado en el literal (c), cabe analizar las variantes establecidas en los tres restantes literales, y sugerir una clasificación simplificada, bifronte, que entiendo resulta de mayor utilidad para explicar la supremacía en los términos que aquí incumben.

Si bien existe un factor atendible de distinción entre las categorías indicadas en los literales (a) y (b), su justificación es en ambos casos la misma. La mutilación del fenómeno de la producción jurídica que se realiza al circunscribirla a aspectos exclusivamente de forma no resulta convincente, pues ésta puede referir a mecanismos formales y procedimentales para la elaboración de actos jurídicos, así como disponer contenidos de la normativa subordinada. La supremacía en sistemas de fuentes formales es determinada en última instancia por una regla de reconocimiento que mediatamente o inmediatamente, según sea el caso, postula la identificación del Derecho en virtud de la actuación de un sujeto en el marco de cierta potestad normativa delimitada y conferida por una fuente reconocida como hábil para establecerla. En otras palabras, para que una norma sea fuente de otra, la primera debe previamente admitirse con determinada idoneidad para la creación normativa, independientemente de que refiera a la forma, al contenido o a la finalidad de la segunda.

Igualmente, aunque ello no tiene que ver estrictamente con el fundamento de la jerarquía, es verdad que cuando se presenta una oposición entre el contenido de dos normas jurídicas el tipo de conflicto que se ocasiona es diferente que el que se presenta por lo desajustado de la actuación conforme las formas establecidas en una norma de

⁴⁴ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs.175 y ss.

superior jerarquía. En el primer caso existe una estricta contradicción normativa, pues una norma dispone una solución A y la otra una no A –se prohíbe y permite una misma conducta-, mientras que en el segundo se genera un conflicto por inadecuación entre norma y acto⁴⁵. Sin embargo, lo cierto es que las normas de contenido consignadas en un acto reconocido con mayor valor y fuerza, pueden reformularse o leerse como cotos a la potestad normativa del legislador inferior, excluyendo de su competencia el dictado de actos que contengan normas en el sentido contrario, y erosionando así la trascendencia de la distinción efectuada⁴⁶.

Así, parece conveniente en estos casos referir a un supuesto de supremacía por la fuente. Aunque se admita una bifurcación entre jerarquía por la forma o por el contenido –discutible por las razones antedichas-, la superioridad viene dada en estos casos, más allá de sus particularidades, por el criterio de la fuente. Bien podría este supuesto, que subsume las dos primeras categorías propuestas por GUASTINI, rotularse como supremacía formal, pues en definitiva radica en un problema de génesis o formación normativa, pero para evitar equívocos, como se anticipó, se la denominará supremacía por la fuente.

Es enteramente diferente el fundamento de la categoría recogida en el literal (d), la jerarquía axiológica. En estos casos efectivamente la prevalencia normativa es determinada por el contenido de la norma, por su carga valorativa, apreciada en última instancia por el intérprete, y no en función de un rango adjudicado por su fuente. Bien podría este supuesto rotularse como supremacía material, pero, nuevamente, para evitar equívocos, se la denominará supremacía axiológica o valorativa. Esto es lo que sucede, consciente o inconscientemente, cuando se realiza en relación con un caso una ponderación o delimitación entre «principios» constitucionales –abstractos y de contenido axiológico-. Algunos criterios interpretativos que suelen postularse para la aplicación de normas de derechos fundamentales, como el *pro homine* o el *favor libertatis*, son también consecuencia de estas jerarquizaciones axiológicas.

Efectuado este análisis introductorio, corresponde ahora relacionar la noción de supremacía en el ordenamiento con la de rigidez constitucional. La rigidez determina

⁴⁵ CASSINELLI MUÑOZ denomina a los primeros conflictos lógico-jurídicos y a los segundos jurídico-positivos. Véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: “Oposición superviniente: derogación o inconstitucionalidad”, en *Rev. D.J.A.*, tomo 55, pág. 159.

⁴⁶ Parece ser en este sentido que CANOSA indica que la inconstitucionalidad formal es posible sin la material, pero que la inconstitucionalidad material siempre implica la formal. Raúl CANOSA USERA: *Interpretación de la Constitución y fórmula política*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pág. 300.

una forma particular de supremacía -constitucional y por la fuente-, que por cierto es la que aquí interesa, pero es plausible, como viene de indicarse, que existan ordenamientos jerarquizados de otras formas o que se admitan otros criterios adicionales de jerarquización aplicables incluso en sistemas de Constitución formal.

Es posible que no obstante exista un sistema formalmente escalonado, el punto de partida reconocido de la estructuración sea una legislación que no disponga procedimientos específicos para el tratamiento de la materia constitucional. Así, para que existan diversos niveles de actos, deben existir diversos actos y para ello es necesario que exista «rigidez» en un sentido lato, diferencias en sus procedimientos y formas de elaboración, pero no necesariamente rigidez en un sentido estricto -constitucional-. Esto es, en atención a las específicas diferencias formales entre Constitución y ley ordinaria. En casos de Constituciones flexibles no puede decirse que exista supremacía constitucional por la fuente respecto de la ley -pues existe entre ellas identidad de formas- pero tampoco es correcto sostener que no existe ninguna forma de supremacía. Puede haberla y de hecho la hay entre la legislación, incluyendo la de contenido constitucional y la que no lo es, y la normativa inferior -por ejemplo, reglamentos u otros actos administrativos-.

Debe también recordarse que no necesariamente los mecanismos de prevalencia entre normas se derivan del criterio de la fuente, sea cual sea el acto jurídico considerado como punto de partida, pues pueden presentarse jerarquizaciones en virtud de parámetros estrictamente materiales o axiológicos. Esto en ocasiones puede operar en el marco de la aplicación de normas contenidas en un mismo acto jurídico -gradaciones intrajerárquicas-⁴⁷ o bien, en función de un sistema complejo, incluso entre normas de diferente rango jerárquico. Un ejemplo de este último supuesto podría hallarse, de admitirse -desde luego- en la doctrina de la directriz de preferencia de normas que ciertos autores postulan para dirimir colisiones en materia de «derechos» y que pauta la aplicación de la norma cuyo contenido tutela de manera más plena al «derecho» en cuestión independientemente de su fuente⁴⁸.

⁴⁷ Germán BIDART CAMPOS: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, EDIAR, Buenos Aires, 2004, págs. 257 y 258. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S,A, Navarra, 2006, pág. 105.

⁴⁸ Sobre la directriz de preferencia de normas ligada al «*principio pro homine*». Véase Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, FCU, Montevideo, 2008, págs. 30 y 31.

Concretamente en lo que refiere a la supremacía constitucional respecto de la ley, no ya a diferentes alternativas de establecerse alguna forma de supremacía en los ordenamientos jurídicos, PRIETO SANCHÍS insiste en separar las aguas de la rigidez en su sentido propio de las de la supremacía⁴⁹. El camino que propone para hacerlo consiste en demostrar la posible existencia de supremacía constitucional en ordenamientos de Constitución flexible. Sin embargo, a mi juicio fracasa en su intento. Acude a una sugerencia de distinción formal para diferenciar supuestos de incumplimiento del legislador de supuestos de modificación de la ley de contenido constitucional, pues exige para poder sustentar una supremacía que se confiera en este último caso un tratamiento expreso y solemne por el legislador ordinario⁵⁰. Como bien indica BAYÓN, en la medida en que la solemnidad antedicha no es exigida respecto de las restantes leyes, sería suficiente con ello, en tanto requisito extraordinario, para calificar la Constitución como rígida en la línea trazada por la original terminología de BRYCE⁵¹.

Es cierto que la alternativa planteada consiste en la manifestación menos intensa de rigidez posible⁵², pero no deja de ser una exigencia formal que difiere del mecanismo ordinario de sanción de las leyes. Por lo tanto, el argumento no resulta suficiente para derribar el vínculo entre supremacía constitucional y rigidez en relación con la ley ordinaria. No parece existir entre el requisito propuesto y, por ejemplo, la exigencia de una mayoría cualificada para la reforma constitucional por parte del órgano legislativo una diferencia conceptual sino meramente de grado.

En un intento diferente de escindir supremacía constitucional de rigidez en relación con la ley, ORUNESU indica que podría darse el caso en una Constitución

⁴⁹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid, 2009, pág. 154.

⁵⁰ En el mismo sentido que PRIETO SANCHÍS se pronunció en su momento DE OTTO, quien al definir la rigidez meramente como la imposibilidad de que el legislador ordinario modifique la Constitución, concluyó que la rigidez no es requisito indispensable para que exista supremacía de la Constitución como norma. Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., pág. 62. El problema está en el punto de partida, en la definición de rigidez que el autor asume, pues la exigencia del tratamiento expreso y el rechazo así de la modificación implícita o tácita, es en verdad una exigencia específica que en exclusividad se requiere para la reforma constitucional que parece comprenderse en la noción de rigidez.

⁵¹ Juan Carlos BAYÓN: “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, Ob. Cit., págs. 132 y 133. Entre los métodos que las Constituciones rígidas utilizan para sus propias enmiendas BRYCE menciona la aprobación por el Legislativo pero con condiciones que obliguen a obrar de una manera especial y diferente de la empleada en la aprobación de los estatutos ordinarios. Véase James BRYCE: Ob.Cit., págs.78 y 79. En el mismo sentido véase también Darío BURSTIN, Serrana DELGADO MANTEIGA, Leandro FRANCOLINO, José GÓMEZ LEIZA, Guzmán RODRÍGUEZ y Oscar SARLO: Ob. Cit., pág. 22.

⁵² Como se analizó en el subcapítulo 2.1, así lo resaltó LAPORTA al ordenar por grado las distintas formas de reforma de Constituciones rígidas en función de su mayor o menor carácter democrático. Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob.Cit., pág. 467.

flexible, en el que pese a la potestad irrestricta de modificar la Constitución del legislador ordinario, sin necesidad de identificación expresa de la materia, se reconozca a la vez que las leyes «deben» respetarla. Destaca así la relevancia de una efectiva intención de reforma por parte del legislador, diferenciándolo del caso en el que no se advirtió la incompatibilidad al promulgarse la norma. Indica, por último, que ante un conflicto el juez podría resolver en función de la intención del legislador⁵³.

Para analizar la corrección de la posición referida es preciso previamente despejarla de aspectos que entiendo accesorios y que en alguna medida confunden. La existencia de un deber -dispuesto por una norma de obligación o primaria- de no modificar la Constitución en nada puede incidir, por su naturaleza, en el plano de la producción jurídica. Si se considerase que en verdad el «deber» de respetar la Constitución material debe leerse como una norma secundaria, entonces ella incidiría en la producción de la legislación ordinaria. Pero más allá de las dificultades de la admisión de normas autorreferenciales -que podrían superarse si se reformula el planteo en el nivel de la regla de reconocimiento-, con ello se determinaría que en este caso la legislación no sería irrestricta pero no otra cosa. Llegado este punto, o bien conforme la regla de reconocimiento se reconoce que no existen posibilidades de legislar sobre determinados contenidos, en un caso de petrificación y no de flexibilidad, o bien se reconoce que la modificación es posible pero que para ello es necesario cumplir con algún tipo de requisito extraordinario. Parecería que en la postura de ORUNESU, esa exigencia podría no ser formal, pues podría darse el caso de que ésta no se refleje en un acto, siendo suficiente con poner el foco en la intención no explicitada del legislador.

Su justificación reside en la supresión de errores ante una divergencia entre intención -o ausencia de intención- y actuación, más que en una manifestación genuina de supremacía. Si se admite la relevancia de la intención o no de modificar la Constitución flexible para que la legislación que efectivamente la altera sea válida, lo cierto es que una estructuración más racional del sistema debería conducir, y tendencialmente así debería consolidarse, a que ésta en lo posible se manifieste formalmente.

Si se sigue indagando, podrían encontrarse casos teóricamente posibles de alguna forma de supremacía constitucional pese a la ausencia de una Constitución rígida. De todas formas, parece claro que si se pretende considerar la existencia de

⁵³ Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 106.

supremacía respecto de la ley en contextos de ausencia de rigidez -o de petrificación-, como puede de antemano intuirse, ésta no puede consistir en una superioridad derivada de las fuentes, sino en una jerarquización estrictamente axiológica. Demás está decir, siempre que efectivamente esas particulares características del sistema sean las socialmente reconocidas⁵⁴.

En fin, en los sistemas basados en Constituciones formales, todos los actos jurídicos diversos de los constitucionales lo son con regularidad jurídica⁵⁵ en la medida en que se dicten por los sujetos habilitados por la Carta y conforme los procedimientos, formas, contenidos y fines que allí directa o indirectamente se establecen. Se reconoce así una supremacía constitucional por la fuente cuyo significado cabe detallar.

Una vez reconocida en una comunidad política una Constitución rígida es frecuente que la creación de nuevos actos constitucionales sea regulada por ella misma, estableciéndose para su perfeccionamiento un procedimiento diferente y en algún sentido más complejo que el legislativo ordinario. En dicho especial procedimiento pasa a radicar y justificarse, ahora formalmente, su superioridad, distinguiéndose expresamente procedimientos ordinarios y extraordinarios de creación normativa.

La Constitución deviene en fuente de validez de sus futuras versiones y efectivamente restringe al sentar vías necesarias de reforma⁵⁶. No puede dejar de admitirse que en última instancia las limitaciones del denominado poder constituyente derivado se sortean forzosamente ante el ejercicio de un genuino poder constituyente original. Es decir, ante la alteración de la regla social de reconocimiento que acabe por determinar la identificación de un nuevo ordenamiento sobre otras bases. Pero fuera de esos casos extremos las restricciones formales de reforma efectivamente aplican.

La Constitución formal opera entonces, en un sistema jerarquizado y concebido con afán de coherencia⁵⁷, como fuente y parámetro de legitimidad de los actos jurídicos

⁵⁴ Sobre la posibilidad de que conforme la regla de reconocimiento se establezcan criterios materiales de identificación del derecho véase Genaro R. CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 228; y A. CALSAMIGLIA: "Ensayo sobre Dworkin", prólogo de Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Edición Planeta-De Agostini S.A, Barcelona, 1993, pág. 10.

⁵⁵ Cabría aquí precisar que las consecuencias jurídicas atribuidas a la contradicción de los actos jurídicos, en conflictos dirimibles en atención a la jerarquía, varía según el tipo de acto y según el sistema constitucional del que se trate, en algunos casos afectándose la validez del acto, en otros estableciéndose alguna clase de privación de su eficacia formal. Se utiliza la expresión «regularidad jurídica» para evitar en el desarrollo realizar estas explicaciones.

⁵⁶ Una vez más, ello es cierto siempre que se mantenga socialmente aceptada. Véase Carlos Santiago NINO: *La validez del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, págs. 69 y ss.

⁵⁷ Al decir de ALCHOURRÓN y BULYGIN la incoherencia de un sistema normativo consiste en la correlación de un caso individual con dos o más soluciones contradictorias, de lo que puede inferirse que

constitucionales futuros y de los subordinados, en lo que aquí más concierne, puntualmente de la ley. El modelo se completa o fortalece con el establecimiento de algún mecanismo para impedir los actos inconstitucionales, para asegurar su desconocimiento y el de sus efectos -en supuestos teóricos de nulidad de pleno derecho- o, más comúnmente, su desaplicación o anulación. Ello sin perjuicio de otro tipo de instrumentos menos directos e intensos, como la consignación mediante normas primarias de supuestos de responsabilidad de sujetos que dictasen actos u omitiesen dictarlos en contravención de la normativa constitucional.

Desde que se reconoce normatividad a las Cartas formales⁵⁸, cabe su exigibilidad jurisdiccional, no sólo para evitar y resolver a su favor antinomias o desajustes, sino para desplegar sus efectos e imponerse toda vez que en algún sentido ello resulte obstaculizado y las normas constitucionales incumplidas⁵⁹. Así, la justicia constitucional entendida en un sentido amplio, como la exigibilidad jurisdiccional de la Constitución -por vías ordinarias o extraordinarias, ante órganos judiciales o extra-poder-, se ha impuesto globalmente en los sistemas constitucionales y con un significativo alcance, por la materialidad de las Constituciones contemporáneas.

La técnica de la rigidez, que determina una supremacía constitucional por la fuente, requiere de mecanismos que aseguren la aplicación de las normas constitucionales, para hacer valer así la normatividad de la Carta y que no resulte pueril la diferenciación de formas establecida.

cualquier solución puede correlacionarse con dicho caso. Véase Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 5ª reimpresión, 2006, pág. 101. Puede a su vez inferirse de lo definido, en tanto se trata de categorías opuestas, que la coherencia no es otra cosa que la ausencia de antinomias, es decir, un escenario en el que necesariamente se correlaciona una única solución con un caso individual. Así, entiendo adecuado referir a un afán de coherencia y no meramente a una coherencia puesto que es usual que existan antinomias en los sistemas que nos ocupan, pero también lo es que se adopten criterios para eliminarlas, entre ellos el de jerarquía (*lex superior*), en la mayoría de los casos -no viene al caso explayarse sobre si integran el sistema o son meta-sistémicos-.

⁵⁸ En el subcapítulo 2.2 siguiente se analizará que tal normatividad puede resultar más o menos «material» según el tipo de normas y los sujetos a los que se dirija. Así, en Europa recién luego de la segunda guerra mundial se abandonó la concepción de la Constitución como un conjunto de mandatos dirigidos al legislador. Sin embargo, incluso en dicho caso, pese al menor «alcance» no se comprometía la normatividad.

⁵⁹ No obstante ello, de momento cabe adelantar, pues se desarrollará en otros subcapítulos de esta tesis (*infra* II.3 y IV.4.3) que puntualmente en lo que refiere al control de constitucionalidad de actos legislativos, aunque las críticas en ocasiones verdaderamente apuntan contra la propia existencia de una Constitución rígida y dotada de fuerza normativa, destacados autores de diferentes tendencias y generaciones han sostenido que no es necesario ni conveniente que la última palabra en la materia la tenga un órgano jurisdiccional. Véase Carl SCHMITT: “El defensor de la constitución”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, España, 2009, págs. 1 y ss., Carlos Santiago NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, GEDISA, Barcelona, 1997, pág. 261 y ss, y Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, págs. 251 y siguientes.

En definitiva, ante eventuales soluciones contenidas en actos subordinados que por desapego a la Carta resulten incompatibles, así como ante la transgresión causada por hechos u omisiones, deben imponerse las soluciones constitucionales y ello exige una respuesta institucional. Ora mediante la técnica de normas de competencia, que delimitan las atribuciones de los Poderes constituidos y confieren potestad a determinados órganos para desconocer, desaplicar o anular el acto ilegítimo bajo alguna forma específica⁶⁰, ora acudiendo como instrumento a normas de obligación -de protección, sancionatorias o indemnizatorias-⁶¹, la supremacía por la fuente de la Constitución como norma debe garantizarse.

Así, la supremacía constitucional se manifiesta en las Constituciones predominantes como una superioridad por la fuente –formal, material o teleológica- derivada de su reconocido carácter de *norma normarum*⁶² y justificada en sus procedimientos especiales de elaboración. Además, ello resulta reforzado por determinadas herramientas –jurisdiccionales- previstas para que la Constitución formal realmente sea material relevante para la solución de casos y se imponga ante la ley y el resto de los actos subordinados contrarios, efectivamente restringiendo la actuación y la omisión ilegítima de los poderes constituidos.

Las normas constitucionales en el sistema formal e interno de fuentes tienen respecto de los otros actos que lo componen fuerza activa y pasiva absoluta, en tanto no pueden ser modificadas ni derogadas por ningún acto jurídico no constitucional y poseen potencia para modificar o derogar cualquier otro acto del sistema⁶³.

⁶⁰ Ciertos autores al diferenciar las Constituciones rígidas de las flexibles, conectan la rigidez con el control de constitucionalidad –en el sentido indicado de que lo segundo refuerza a lo primero- e incluyen adicionalmente la categoría de las Constituciones semirígidas, para referir a aquellas que pese a consagrar procedimientos especiales de reforma no cuentan con normativa expresa sobre el control de regularidad constitucional de actos legislativos que asegure su supremacía. Véase al respecto, por muchos, Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: *Lecciones de Derecho Constitucional Iº*, Ob. Cit., págs. 32, Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 37 a 38. Debe tenerse presente que la clasificación apunta a distinguir los casos en los que existe previsión expresa de un sistema de control de constitucionalidad de actos legislativos, pero de ello no se sigue que no pueda eficazmente asegurarse la supremacía constitucional en el sistema a pesar de no haberse instaurado un mecanismo concreto con tal finalidad. Prueba de ello es el sistema estadounidense de *judicial review*, acuñado hace más de dos siglos por vía pretoriana, como una derivación implícita del deber de aplicar la Constitución y de reconocer -por razones de consistencia- su supremacía formal ante un escenario de rigidez.

⁶¹ En la terminología de FERRAJOLI, los remedios referidos se llaman «garantías», siendo los primeros «garantías liberales» y los segundos «garantías sociales». Luigi FERRAJOLI: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 25.

⁶² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., págs. 55 y 56.

⁶³ Así planteado el punto, en relación con actos subordinados, resulta incuestionable. No cabe aquí insistir en los posibles límites a la reforma constitucional, pues ello resultaría excesivo en el marco de este trabajo que aspira explorar un problema de aplicación de la Constitución y de la ley.

A su turno, en lo que estrictamente refiere al valor normativo de la Constitución, debe ante todo sentarse que como norma jurídica reconocida por esencia vincula. Resulta obligatoria o habilita la creación de normas y la producción de efectos jurídicos, según se trate respectivamente de normas constitucionales primarias o secundarias. Su aplicación es directa e inmediata respecto de los sujetos por ella vinculados, estableciéndose a su vez una serie de consecuencias y remedios para su defensa ante escenarios de apartamiento de lo mandado o de actuación normativa más allá de las potestades atribuidas.

Dependiendo precisamente de los mecanismos concretos de defensa jurídica que se establezcan en un Derecho positivo determinado, que son diseñados en función de varios factores -como la seguridad jurídica- y no únicamente de la mera consistencia de una teoría escalonada de fuentes, puede que la Constitución no necesariamente se imponga siempre a la ley. Aunque sea en casos excepcionales o durante un cierto tiempo, es posible que la situación sea en verdad la inversa. Así, por ejemplo, en un sistema en el que el control de constitucionalidad de la ley culmine con una sentencia de inconstitucionalidad de efectos *ex nunc*, desde la aplicación de la norma legal inconstitucional hasta la fecha de dictado de la sentencia que declare su ilegitimidad -o la fecha de su publicación- no puede discutirse que la norma legal desplegó una serie de efectos que no pueden ser erradicados pese a emanar de una norma contraria a la Constitución.

En suma, la Constitución es una norma jurídica reconocida como válida y, en tanto válida en principio eficaz, vinculante y directamente aplicable según su alcance específico (ver *infra* 2.2). Por ello, en ausencia de regulación infraconstitucional -fundamentalmente legal- que contenga soluciones o desarrollos sobre la materia en cuestión, ésta constituye sin más y en forma exclusiva la normativa aplicable, en última instancia por los tribunales.

Por otra parte, puntualmente en lo que refiere a su particular posición en el ordenamiento, no ya simplemente a su carácter de norma, en atención al carácter sistemático del ordenamiento y la consiguiente faceta relacional de los actos jurídicos y normas, se siguen respecto de los actos subordinados las siguientes consecuencias teóricas, pues dependiendo de cada ordenamiento jurídico pueden a su respecto reconocerse diferentes métodos y alternativas procesales para superar antinomias⁶⁴:

⁶⁴ Sobre el valor normativo concreto de la Constitución en el sistema español ver, entre otros, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., págs. 69

(i) en la medida en que las disposiciones normativas deben ser interpretadas y que las normas integran un ordenamiento jurídico concebido como una unidad, las normas constitucionales conforman el contexto interpretativo de las disposiciones de la propia Constitución pero también de las de menor rango. En la terminología predominante, y no obstante no pocas veces se considera el fenómeno con una finalidad estratégica de conservación de las normas subordinadas⁶⁵, no es esto último otra cosa que el llamado criterio de interpretación de la ley y de otros actos jurídicos conforme a la Constitución.

(ii) los productos infraconstitucionales que contengan soluciones o desarrollos que contravengan -formal, material y eventualmente teleológicamente⁶⁶- a las normas constitucionales deben desaplicarse, desconocerse en virtud de su nulidad, anularse o derogarse⁶⁷. En aplicación del criterio de jerarquía (*lex superior*) o bien de jerarquía en combinación con el de temporalidad (*lex posterior*), según se trate un acto jurídico inferior posterior o anterior en el tiempo a la Constitución.

La interpretación de las disposiciones contenidas en los diversos actos jurídicos es en realidad una etapa insoslayable para la determinación de las normas que pueden *prima facie* presentarse como simultáneamente aplicables por referir a una misma materia o a un mismo caso. De ello se sigue que, puesto que las consecuencias

y siguientes e Ignacio DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., págs. 76 y siguientes. Una vez reconocida una Constitución formal y con ella su valor normativo de base, demás está decir que ella puede disciplinar el alcance de su valor en relación con el que ella misma confiere a otros actos del sistema. Sin embargo, puede que una Constitución nada diga al respecto y que los criterios de aplicación del sistema se definan directamente en el plano de la regla de reconocimiento, pues el cuestionamiento sobre lo que el Derecho es se conecta con el cuestionamiento sobre cómo éste se aplica.

⁶⁵ Véase Konrad HESSE, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 50 a 54. FIGUEROA MEJÍA, en una terminología que no me convence y que al analizar en el capítulo V el punto se criticará, sostiene que debe distinguirse la interpretación con base en la Constitución de la interpretación conforme con la Constitución. La primera resultaría de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y debe ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del Derecho. La segunda sería un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declarada nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución. Giovanni FIGUEROA MEJÍA: *Sentencias atípicas. Teoría general. Derecho Comparado. Especial análisis de las sentencias recaídas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano*. Tesis de doctorado, UCM, dirigida por el Profesor Raúl CANOSA USERA, 2009. Pág. 81.

⁶⁶ Horacio CASSINELLI MUÑOZ: “Oposición superviniente: derogación o inconstitucionalidad”, en *Rev. D.J.A.*, tomo 55, Montevideo, pág. 159.

⁶⁷ La expresión derogación es polisémica. Algunos juristas emplean el término para referir al tipo de erradicación de una norma del sistema que tiene efectos hacia el futuro -*ex nunc*- por oposición a la anulación que sería un tipo de erradicación con efectos hacia el pasado, desde su promulgación -*ex tunc*-, independientemente de las causas de la erradicación. Otros juristas lo hacen para referir a la erradicación de la norma del sistema como el resultado de una decisión política por oposición a la anulación como erradicación por razones de legitimidad. Si bien se trata de opciones terminológicas, que se superan aclarando en qué sentido se utiliza el término, entiendo de mayor utilidad la segunda de las acepciones. Esto es, reservar la expresión derogación para aludir a la erradicación de un norma del sistema por razones de conveniencia por parte de órganos políticos -eventualmente en cierto casos con retroactividad- y la expresión anulación para referir al resultado de un control de legitimidad efectuado por un órgano jurisdiccional -sea con efecto *ex nunc* o *ex tunc*-.

atribuidas a supuestos de incompatibilidad indicadas en el segundo punto aplican en la medida en que una antinomia efectivamente se verifique, es necesario para determinarlo previamente ejecutar la tarea indicada en el primer punto.

Desde la perspectiva de la supremacía por la fuente, debe tenerse presente que la interpretación sistemática se encuentra direccionada en el sentido de la jerarquía, es decir, las disposiciones constitucionales conforman el contexto de todas las normas del sistema que le resultan subordinadas⁶⁸ pero no sucede lo mismo a la inversa. Éstas, además de influir en la interpretación de las normas de idéntico rango, también inciden en la interpretación de la ley y de los restantes actos inferiores, pues la sistematicidad debe estar dada por el contexto generado en relación con las fuentes de igual o superior jerarquía. El ordenamiento jurídico es uno sólo, pero además tiene un sentido, se encuentra escalonado o jerarquizado⁶⁹.

Así, en atención exclusivamente a la supremacía, puede sostenerse que realizar una interpretación sistémica en el sentido inverso al indicado equivale a desconocer y oblicuamente burlar el valor normativo de los diversos actos jurídicos determinado por su particular posición en el ordenamiento⁷⁰. Ahora bien, es también cierto, y ello resulta crucial para el estudio del problema que esta tesis pretende explorar, que en sede interpretativa las cosas no siempre son lineales. Ante un fenómeno de indeterminación de disposiciones constitucionales, que es especialmente pronunciado en las cláusulas dogmáticas de las constituciones modernas (ver *infra* 3), se generan alternativas de interpretación constitucional que bien pueden apreciarse en atención a aspectos funcionales, que en definitiva conducen a conferir cierta relevancia a la ley.

Planteado un elenco de soluciones interpretativas razonables que configuren una duda genuina del intérprete constitucional, podrían existir razones de peso -básicamente de deferencia al legislador por su dignidad democrática⁷¹- para que en un caso de cotejo con una disposición legislativa se prefiera la concordante con lo establecido en esta

⁶⁸ Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 108, Giovanni FIGUEROA MEJÍA: Ob. Cit., pág. 93, y Francisco RUBIO LLORENTE: “Los derechos fundamentales. Introducción”, en *La forma del poder*, Volumen III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 1050.

⁶⁹ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 100.

⁷⁰ Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 250. En similar sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional Español al señalar que la interpretación de la Constitución de conformidad con la ley es una *contradictio in terminis*. Vid Francisco RUBIO LLORENTE: “Los derechos fundamentales. Introducción”, en Ob. Cit., pág. 1049 (especialmente léase nota al pie 225).

⁷¹ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Primera reimpresión de la segunda edición, 2012, págs. 38 y ss.

última⁷². Ello, aunque pueda merecer reparos de otro tipo y no pocas matizaciones (ver *infra* V.5), no implica una subversión de la jerarquía normativa siempre que la alternativa interpretativa sea razonablemente derivada de la disposición o disposiciones constitucionales en cuestión⁷³.

2.2 *El alcance de las Constituciones formales contemporáneas.*

Incluso partiendo de Constituciones formales reconocidas con normatividad y supremacía respecto de la ley ordinaria, lo cierto es que dependiendo del tipo de normas que las componen y de su alcance, éstas pueden tener un papel más o menos incisivo y protagónico en la efectiva regulación de la comunidad política y, consecuentemente, en el discurso de los juristas. Pueden así presentarse distintos esquemas funcionales, especialmente en relación con el papel del Poder Legislativo y de los órganos jurisdiccionales -con competencia constitucional exclusiva o no, dentro o fuera del sistema orgánico Poder Judicial-.

No obstante la posibilidad de alternativas intermedias, pueden presentarse en los extremos dos modelos. Por un lado, uno caracterizado por una Constitución conformada principalmente por normas de competencia, creadora de los poderes y fiscalizadora de su actuación conforme parámetros principalmente formales. La regulación de la conducta y el trazado o la priorización de los fines de la comunidad política se confían al Poder Legislativo. Por otro lado, un modelo no sólo creador sino funcional o activo, en el que la Constitución fija los grandes fines a alcanzar y para asegurarlos interviene en la regulación de la conducta. Se establecen para ello normas materiales, de obligación, esencialmente disponiendo derechos y deberes fundamentales⁷⁴ de los individuos respecto de sus pares y de los poderes públicos.

En otras palabras, en función de la regulación del poder normativo legal en atención o no a contenidos, de la mayor o menor cantidad de normas constitucionales de

⁷² HESSE plantea no sólo el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución –ostensible en la línea de la supremacía-, sino también, en casos como el aquí planteado de dudas sobre el alcance de la Constitución, la interpretación de la Constitución conforme a la ley. Ello no es en puridad preciso, pues la deferencia relacionada con la pauta es precisamente el resultado de una interpretación constitucional –no deja de ser, por tanto, «interpretación de la Constitución», pero es sin dudas ilustrativo. Konrad HESSE: Ob.Cit., pág. 52.

⁷³ Este punto central se desarrollará en el Capítulo V.

⁷⁴ Sobre deberes constitucionales y la acepción estricta referida, que les reconoce autonomía, excluyendo de la categoría a los deberes correlativos a los derechos fundamentales véase Francisco RUBIO LLORENTE: “Los deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Número 62, Mayo-Agosto 2001.

obligación y del alcance o ámbito subjetivo de éstas, se genera una doble contraposición:

(a) Un esquema básicamente de normas de competencia –por razones formales- contrapuesto a uno de normas de competencia -por razones formales, materiales y de fin- y de normas de obligación.

(b) Un esquema de normas dirigidas a los poderes públicos -aunque inmediatamente al Poder Legislativo en lo que refiere a la regulación material- contrapuesto uno de normas dirigidas sin más a todos los Poderes y también a los particulares, desencadenándose así un reposicionamiento del Poder Judicial⁷⁵.

Este último punto, como bien destaca DE OTTO, es uno de los problemas más importantes desde que asume el carácter normativo de la Constitución consiste -quizás ahora debería decirse consistía o teóricamente consiste-: determinar si ésta resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento -fundamentalmente por los jueces-, o si por el contrario constituye un mandato dirigido al legislador⁷⁶.

También en esta línea, pero desde otra perspectiva, pueden teóricamente diferenciarse las Constituciones procedimentales de las sustanciales⁷⁷ y correlacionarse éstas con las normas constitucionales según su alcance en el sentido que aquí se plantea. Las primeras serían aquellas que contienen normas que refieren exclusivamente a la organización estatal y disponen únicamente los derechos de participación política de los ciudadanos como límites del legislador⁷⁸. Las segundas serían aquellas que establecen catálogos más extensos de derechos individuales básicos, que contienen derechos

⁷⁵ BACHOF demuestra como la Ley Fundamental de Bonn de 1949 adopta el último de los modelos e indica que la acentuación del poder de los jueces implica la disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo. Otto BACHOF: *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, Reimpresión 1987. Edición original, bajo el título *Grundgesetz and Richtermacht* publicada en 1959 por la casa editorial JCB Mohr de Tübingen, págs. 27 y 28.

⁷⁶ Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., pág. 76. Véase también Manuel ARAGÓN REYES: “Dos problemas falsos y uno verdadero «neoconstitucionalismo», «garantismo» y aplicación judicial de la Constitución”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 213.

⁷⁷ Esta clasificación se retomará al analizar la justificación de las Constituciones formales contemporáneas, que en tanto contienen la Constitución material en su sentido original y actualmente predominante, son sustanciales y, además, abiertas. Las Constituciones formales procedimentales son planteadas como soluciones históricas o bien prescriptivas, pues el modelo imperante es el de las Constituciones sustanciales. Un ejemplo de Constitución procedimental podría ser la estadounidense de 1787 tal como fue originalmente aprobada, sin sus enmiendas que fueron incorporando «derechos».

⁷⁸ La defensa más difundida de la Constitución procedimental y un intento de reinterpretar la Constitución estadounidense en esos términos fue realizada por ELY en el marco de una crítica democrática al control judicial de constitucionalidad de actos legislativos. John Hart ELY: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1980. Véase también Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit. Pág. 53 y ss.; Gema MARCILLA CÓRDOBA: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, págs. 234 y 235.

sustantivos y no meramente procedimentales. Respecto de este tipo de Constituciones cabe también efectuar una división, según la formulación de los derechos sea más abstracta o concreta, respectivamente en Constituciones sustanciales abiertas o abstractas -las contemporáneas- por oposición a las cerradas o de detalle⁷⁹.

Presentadas muy escuetamente estas variantes, es evidente que en las denominadas Constituciones procedimentales sería acotado el espacio de actuación sin mediación de la ley de los órganos jurisdiccionales. Su contacto con la Constitución como material para la resolución de casos es cuantitativamente limitado, aunque el alcance de los derechos políticos reconocidos pueda resultar extensivo y jurisdiccionalmente exigible.

Por su parte, en el caso de las Constituciones sustanciales, en tanto se derivan de buena parte de sus disposiciones derechos subjetivos de titularidad de individuos, exigibles ante los estrados –como todo derecho en sentido estricto o derecho pretensión en la terminología de HOHFELD⁸⁰–, la aplicación jurisdiccional de la Constitución notoriamente se incrementa. Se potencia lo indicado en el caso del subtipo de Constituciones sustanciales que aquí se han denominado abiertas⁸¹, que son por cierto las verdaderamente existentes en la actualidad.

Toda vez que se parte de una concepción plena o ideal de la Constitución material y que ello se refleja en una Constitución formal dotada de normatividad y supremacía, ésta se conforma por disposiciones que expresan positivamente su axiología, contemporáneamente de limitación del poder, liberal, igualitaria y democrática. En tal sentido se consignan normas que específicamente establecen derechos y deberes fundamentales de los individuos, compeliendo a los poderes públicos todos a asegurarlos o exigirlos, desde luego, cada uno en el marco de sus respectivas funciones. Se destaca entre ellos el Poder Judicial, en tanto sistema orgánico con atribuciones jurisdiccionales de principio, es decir, con competencia para la

⁷⁹ En el capítulo II.3 se analizarán con algo más de profundidad estas categorías.

⁸⁰ W.N. HOHFELD: *Conceptos jurídicos fundamentales*, sexta reimpresión, Fontanamara, México, 2009, pág. 53

⁸¹ No cabe aquí explayarse sobre el sentido de la referida intensificación, pues en buena medida la tesis toda aspira a contribuir a determinarlo. De momento, sin perjuicio de las matizaciones que oportunamente se realizarán -puntualmente al delinear un campo importante de discrecionalidad legislativa en la concreción todavía genérica de la Constitución-, es suficiente con indicar algo que resulta muy intuitivo –por no decir evidente–, que ante un supuesto de abstracción las posibilidades de apreciación del juez –en puridad de cualquier intérprete– son mayores que ante un supuesto de concreción.

aplicación del Derecho con carácter de cosa juzgada en los casos sometidos a su consideración⁸², que resultan ahora también constitucionales o constitucionalizados⁸³.

Las disposiciones constitucionales que refieren a derechos de los individuos, que centralmente determinan la diferencia de alcance antes indicada, son en las Constituciones actuales formulaciones que en sí mismas o por su articulación con otras arrojan un contenido complejo. Así, determinan normas de diversa naturaleza y que cumplen diferentes funciones, a saber:

(a) obligan en sentido estricto a los poderes públicos y, según el caso, también a los particulares;

(b) definen la potestad normativa del legislador y -va de suyo- de la Administración, limitando la creación de normas contrarias a ellas, estableciendo límites de contenido y de fin; y

(c) se erigen en fines del sistema todo que, no obstante la concurrencia de otros que las Cartas expresamente disponen o que pueden inferirse de su apreciación sistemática, principalmente le confieren una unidad de sentido⁸⁴ a partir de la unidad estructural⁸⁵.

Así, por un lado contienen normas primarias, que según el caso pueden llevar a la promoción del amparo, protección o tutela, a la aplicación de sanciones o la reparación de daños. Por otro lado, simultáneamente sientan normas secundarias, que refieren al desconocimiento, la inhibición o privación de efectos de actos

⁸² Por su puesto que en los sistemas de tribunales constitucionales extra-poder, concentrados y de fallos con efectos *erga omnes*, éstos sin dudas adquieren un papel central en la aplicación de la ley, en tanto intérpretes supremos de la Constitución con potestad para declararla inconstitucional y consecuentemente invalidarla. De todas formas, como indica BACHOF, aún en estos sistemas son todos los jueces los que deben aplicar la Constitución y, al hacerlo, controlar la regularidad jurídica de las leyes, aunque quede reservada para el tribunal constitucional la decisión definitiva sobre su inconstitucionalidad. Todos los magistrados tienen el deber de aplicar la Constitución y de instar la actuación del tribunal constitucional cuando consideren que una ley es inconstitucional –en el derecho positivo español, por ejemplo, esto se logra a través de la llamada cuestión de inconstitucional-. Véase Otto BACHOF: Ob. Cit. pág. 33.

⁸³ Se utiliza la expresión «jueces constitucionalizados» para aludir al fenómeno de la necesaria consideración de la Constitución -dotada de supremacía y fuerza normativa- como material relevante en la delimitación del Derecho positivo aplicable que todo juez debe tener en cuenta para la resolución de sus casos. Más allá de la complejidad de su relacionamiento con otros actos y muy especialmente con la ley, que en buena medida se pretende en este trabajo contribuir a esclarecer.

⁸⁴ Germán BIDART CAMPOS: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ob. Cit., pág. 84 y siguientes.

⁸⁵ En forma similar presenta la situación BÖCKENFÖRDE, aunque luego cuestiona el alcance y propone alternativas a la concepción imperante poniendo el foco en aspectos funcionales. Véase Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Prólogo de Francisco J. Bastida, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Alemania, 1993, pág. 95 y ss.

pretendidamente jurídicos dictados en ausencia de una potestad delimitada por razones de contenido o de designio.

Las Constituciones actuales no se presentan únicamente como condiciones de validez –o de eficacia o aplicabilidad, dependiendo del sistema- de la ley y de los restantes actos, fue ese un primer paso en el reconocimiento de normatividad y supremacía⁸⁶. Asumen ahora una función normativa de regulación de la realidad y orientadoras de todo el ordenamiento, convirtiéndose así en materiales fundamentales para la toma de decisiones de los jueces ordinarios⁸⁷ y, en lo pertinente, de las Administraciones y de los particulares.

El referido ensanchamiento de la materia constitucional formalizada, fundamentalmente en lo que refiere a la consagración y efectividad de derechos fundamentales justiciables a partir de la segunda mitad del siglo XX en Europa y Latinoamérica⁸⁸, sin perjuicio de la destacada antelación de los Estados Unidos⁸⁹, se instrumentó básicamente por dos vías:

(a) por incorporación de cláusulas en dicho sentido en una nueva corriente de Constituciones de la segunda postguerra en Europa -algo más tardías en el caso de España y Portugal-⁹⁰; o

⁸⁶ En Europa dicho paso se materializó a partir de la creación de Tribunales Constitucionales básicamente de cuño kelseniano. La Constitución austríaca de 1920, en cuya elaboración participó Kelsen fue la primera en establecer un Tribunal Constitucional del tipo indicado y a partir de allí se inició su proliferación hasta devenir en el sistema más difundido. En Estados Unidos la supremacía se aseguró judicialmente un siglo antes a través de un proceso cuyos orígenes pueden rastrearse en ciertos antecedentes jurisprudenciales ingleses -entre los que se destaca la jurisprudencia del juez COKE relacionada con la exigencia de aprobación de tributos por órganos representativos- y la doctrina de los padres fundadores –destacándose la contribución de Alexander HAMILTON en el *Federalista* N 78-, que resultó luego plasmada por vía jurisprudencial, por lo menos desde la multicitada sentencia del juez Marshall de 1803. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., págs. 60 y 61. Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 143. Néstor P. SAGUES: *Teoría de la Constitución*, Ob. Cit., pág. 445.

⁸⁷ Luis PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, Edit. Trotta, Madrid, 2009, pág. 130.

⁸⁸ DURÁN MARTÍNEZ al referirse a la situación estadounidense, la europea y la uruguaya, ha sostenido que en los dos primeros casos fueron coherentes aunque –según indica- los europeos partían de una visión «incorrecta», mientras que en Uruguay se partía de una visión de la Constitución como norma –vale agregar, en el discurso-, pero se actuaba como en Europa. Véase Augusto DURÁN MARTÍNEZ: *Prólogo al libro de Carlos GUARIGLIA: Presunción de constitucionalidad de las leyes*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009, pág. XVI.

⁸⁹ El carácter novedoso del cambio debe circunscribirse al modelo europeo y latinoamericano, pues en Estados Unidos la supremacía constitucional y su materialidad, asociada en buena medida al control de constitucionalidad de las leyes, como se indicó, se engendró mucho antes (véase nota al pie 86).

⁹⁰ Entre otras, es dable mencionar la italiana de 1947, la alemana de 1949, la portuguesa de 1976 y la española de 1978. Véase Miguel CARBONELL: “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

(b) sencillamente por una relectura respecto de ciertas disposiciones - principalmente de «derechos»- que dejaron de verse como normas potestativas y exclusivamente dirigidas al Poder Legislativo.

No es conducente extenderse en las razones del cambio en Europa, que desembocó luego por su notoria influencia cultural también en el cambio latinoamericano. Es más importante a estos efectos no desviar el punto y atenerse a analizar su contenido. De todas formas, aunque sea brevemente, no pueden dejar de mencionarse las siguientes causas principales:

(i) el recurso a la positivización «supralegal» de derechos individuales básicos aparece como reacción ante los regímenes autoritarios que dominaron la primera mitad del siglo pasado y que demostraron los horrores que se pueden hacer en nombre de la ley por mayorías circunstanciales desenfrenadas; y

(ii) la desvalorización de la ley, que sufrió un proceso inflacionario y padeció de un verdadero cambio en su concepción y función, desfigurándose nada menos que su rasgo más característico, su generalidad, como respuesta a las necesidades del Estado social prestacional⁹¹.

Por cierto, una adecuada justificación de las Constituciones formales imperantes (véase *infra* II.3) debe entre otras cosas contemplar estas cuestiones originales para contraponerlas a las fundadas críticas que actualmente desde el ideal del autogobierno contra ellas se levantan.

La materialización de las Constituciones y, con ella, por influjo de la supremacía y sistematicidad antes referidas, de todo el ordenamiento jurídico, conforma así un segundo paso en la consecución del ideal constitucionalista en el viejo continente y en América Latina. Primero se avanzó con el reconocimiento de normatividad, supremacía y control jurisdiccional de regularidad constitucional de actos legislativos; luego se completó el esquema con la ampliación de su alcance a partir de un reconocimiento fuerte de los derechos fundamentales.

⁹¹ Véase más ampliamente en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, págs. 40 a 51. En lo que refiere al carácter prestacional de los derechos sociales, si bien no puede negarse tal carácter y que con su reconocimiento la actividad del Estado se incrementó considerablemente, debe apuntarse que, como notablemente demuestran SUNSTEIN y HOLMES, también los derechos de la llamada primera generación requieren de actividad de los poderes públicos y no mera omisión o no interferencia y que, naturalmente ello tiene un costo. Cass SUNSTEIN y Stephen HOLMES: *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores S.A. Buenos Aires, 2011. Editado por primera vez en inglés bajo el título «The Cost of Rights» (1999). ¿Cuánto cuesta asegurar la propiedad de los individuos implementando un sistema de registros o evitando que terceros interfieran con el goce de los bienes mediante un cuerpo de policía que lo asegure?

En fin, en uno o dos pasos, más temprano o más tardíamente, según respectivamente se refiera a Estados Unidos o a Europa y el resto de América, lo cierto es que la Constitución en todo occidente pasó de ser límite fundamentalmente político a límite jurídico del legislador⁹² y de ser límite jurídico preponderantemente formal a ser límite jurídico formal y material⁹³. Pero además, dejó de ser meramente límite, pasó a ser relevante como tal, por su propio peso, principalmente por el reconocimiento positivo de derechos fundamentales jurisdiccionalmente exigibles por los individuos frente al Estado y frente a otros individuos. En los términos de ZAGREBELSKY, con el cambio mencionado se verificó un tránsito del Estado de Derecho «legislativo» al Estado de Derecho «constitucional»⁹⁴.

Debe precisarse que no es exacto presentar el cambio que viene de mencionarse como la asignación de valor normativo a la Constitución, sino que cabe explicarlo como una diferencia de alcance de dicha vinculación, pues con otra extensión, aunque sea en lo estrictamente estructural⁹⁵, en general la normatividad se admitía⁹⁶. El nuevo escenario es ahora configurado, vale insistir, por un mero cambio de concepción⁹⁷ o acompañado de normas expresamente promulgadas que así lo consignaron, por la

⁹² Véase Francisco RUBIO LLORENTE: “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Volumen III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pág. 1362.

⁹³ Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., pág. 148. «Una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que le están garantizadas». Kelsen reconocía la posibilidad de normas constitucionales que no solo refiriesen a la forma de los actos legislativos sino que vedasen determinados contenidos de la legislación –postulaba a su turno que éstos debían ser precisos, detallados-, refiriendo justamente a las listas de derechos individuales básicos incluidas en las Constituciones modernas como límite en tal sentido. Efectivamente admitía su carácter normativo, pero acotaba su alcance a normas de competencia –eventualmente acompañadas de normas de obligación, concretamente sanciones- dirigidas al legislador, en ningún caso como normas de obligación con derechos correlativos que permitieran a los individuos exigir un dar, hacer o no hacer concreto por medios jurisdiccionales.

⁹⁴ Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2007.

⁹⁵ ARAGÓN REYES sugiere denominar al género de las normas que regulan la organización del Estado y el modo de adopción de decisiones públicas como normas estructurales, distinguiendo como sus especies a las normas organizativas y procedimentales. Con dicho alcance aquí se refiere a lo «estructural». Véase Manuel ARAGÓN REYES: “Tipología de las normas constitucionales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 204 y 205.

⁹⁶ Es menester resaltar que aún en modelo más elemental de predominio de cláusulas estructurales, puede perfectamente admitirse su aplicación directa, sin mediación de la ley –demás está decir que no es necesario que los órganos constitucionales requieran de reglamentación para su instauración y funcionamiento-, es más, es justamente éste el único contenido verdaderamente normativo en su momento reconocido en Europa a la Constitución. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., págs. 85.

⁹⁷ Véase Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 65.

existencia de normas de obligación que efectivamente compelen y un mayor espectro de sujetos directamente comprendidos. Así, el Poder Legislativo deviene en sujeto materialmente obligado y limitado en sus competencias, el Poder Judicial -y eventualmente un Tribunal Constitucional extra-poder- se erigen como garantes y el individuo como actor fundamental.

Se genera así una verdadera modificación en el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos, provocándose un reposicionamiento de la ley en función del «principio de constitucionalidad»⁹⁸ -aunque pueda resultar más o menos moderado-, en tanto la regulación de la conducta, de particulares y de los Poderes, con carácter general pasa a ser, al menos, materia parcialmente superpuesta.

Es dable asumir, por tanto, que toda vez que para ahorrar explicaciones se opone la eficacia o aplicación directa de la Constitución a un precedente esquema de eficacia o aplicación indirecta⁹⁹, debe entenderse que tal carácter se predica en el contexto europeo y latinoamericano, principalmente enfocado en la perspectiva de los individuos, en referencia a normas de «derechos» y su exigibilidad jurisdiccional sin necesidad de intermediación legislativa o pese a ella.

Desde luego, como oportunamente se analizará, de ello no se sigue que no puedan desarrollarse las cláusulas de derechos a través de la legislación ordinaria. Es más, cuando no es expresamente que así se dispone en las Constituciones modernas, de todas formas una interpretación elemental y sistemática del conjunto de disposiciones que la conforman, conduce a ubicar al legislador democrático en un sitio destacado en el desarrollo de las cláusulas de «derechos» -estrictamente en la maximización de los bienes subyacentes-. Los órganos jurisdiccionales, por su parte, operan como custodios de sus límites infranqueables, principalmente de los derechos en sentido fuerte y de interdicción de la arbitrariedad¹⁰⁰.

Bien es cierto que esta aparentemente clara asignación de roles en las Constituciones luce bastante menos nítida cuando se incorpora a la problemática el dato de la indeterminación de las disposiciones constitucionales y la contrariedad de la discrecionalidad del legislador y del juez eventualmente asociada. En la inmensa

⁹⁸ Véase Javier GARCÍA ROCA: “La decostruzione della legge del Parlamento”, en ROLLA, G. y CECCHERINI, E. (coordinadores) *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, G. Giappichelli Editore, Torino, págs. 131 y 135. Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., págs. 39 y 40.

⁹⁹ Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., pág. 76.

¹⁰⁰ La distinción entre «derechos» y «políticas» y de su mano los límites funcionales del legislador y de los órganos jurisdiccionales en materia de interpretación disposiciones de derechos, obviamente, merecen un análisis pormenorizado y son, por cierto, pilares de esta tesis. Véanse al respecto los capítulos IV y V.

mayoría de los casos, en la consideración jurisdiccional de un asunto sometido a la decisión de un juez existirá además de una disposición constitucional una de rango legal más específica que también referirá al punto en cuestión. Es precisamente la búsqueda de criterios consistentes para interpretar enunciados constitucionales y legales relevantes el objeto de esta tesis.

2.3. El alcance de las Constituciones y las funciones jurídicas.

La supremacía de la Constitución respecto de los actos jurídicos subordinados, en buena medida se deriva de la contingencia de los Poderes constituidos y de las funciones ordinarias predominantemente atribuidas a cada uno de ellos en relación con el Poder Constituyente y la función constituyente. La modificación en el alcance del valor normativo de la Constitución antes referido, su expansión y materialización, supone considerar no solamente la supremacía por la fuente en su aspecto puramente formal sino también en el material -más exactamente, formal material-. La ampliación mencionada en lo absoluto resulta sorprendente, desde que las Constituciones contemporáneas, como se viene insistiendo, no sólo refieren a los mecanismos de creación de los actos jurídicos ordinarios sino que directamente disponen la regulación de la conducta estableciendo derechos y deberes.

Es evidente la repercusión de la realidad antedicha en la configuración de las funciones jurídicas ordinarias: legislativa, jurisdiccional y administrativa. Cabe en esta oportunidad referir a uno de los criterios planteados para definir las y distinguir las entre sí, que específicamente toma en cuenta a la Constitución para hacerlo, con el propósito de ilustrar el cambio de perspectivas.

Así, tanto Kelsen como Merkl postularon como pauta rectora la distancia de cada una de las funciones en relación con la Constitución¹⁰¹. En dicha tesitura la función legislativa se concibe como ejecución inmediata de la Constitución, mientras que las funciones jurisdiccional y administrativa se conciben como ejecución en un segundo grado, serían pues ejecución inmediata de la ley y solamente mediata de la Constitución¹⁰².

¹⁰¹ Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., pág. 149 y *Teoría general del Estado*, Editores nacionales, México, 1948, págs. 299 y ss., Adolf Merkl: *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, págs. 13 y ss.

¹⁰² Enrique Sayagués Laso: *Tratado de Derecho Administrativo*, Edit. FCU, Montevideo, 8ª Edición, 2002, págs. 55 y 56.

No obstante las contundentes críticas formuladas al criterio mencionado, basadas en la creación directa de órganos constitucionales con funciones atribuidas en la propia Constitución, que suponen ejecución directa de la Constitución por órganos que ejercen notoriamente función administrativa o jurisdiccional¹⁰³, se impone ampliar el repertorio de objeciones considerando fundamentalmente la materialidad de la regulación constitucional.

En la medida en que las Constituciones conforman el Derecho aplicable y contienen disposiciones que establecen derechos, deberes y fines que alcanzar, de resultar por su ámbito de validez aplicables, éstas devienen en parte del material que todos los Poderes y órganos del Estado en el marco de sus competencias deben considerar para el desempeño de sus funciones. No es atinado, por tanto, considerar que la única función que supone ejecución directa de la Constitución es la legislativa, pues también el ejercicio de función jurisdiccional y administrativa supone ejecución directa de la Constitución. Es necesario realizar en estos últimos casos matizaciones, en tanto también es imperiosa la sujeción a la ley en los supuestos en los que opera su mediación, pues el principio de legalidad sin lugar a dudas persiste y tiene su lugar. Pero ello no conduce a un fenómeno de desatención de la Constitución en beneficio absoluto del criterio del legislador ordinario. Simplemente impone tener en cuenta ciertas particularidades en la aplicación de todos los materiales del ordenamiento, incluyéndose también a la Constitución como acto jurídico vinculante en el ejercicio de las funciones jurisdiccional y administrativa.

Las soluciones constitucionales deben aplicarse por órganos administrativos y jurisdiccionales ante ausencia de regulación legislativa ordinaria -siempre que ello sea posible-, como manifestación de la supremacía y valor normativo de la Constitución. La operatividad así entendida, además de su fundamento último en el reconocimiento socialmente, puede ser consagrada positivamente en las Constituciones formales como forma de calibrar el alcance de sus normas. A modo de ejemplo, así expresamente se

¹⁰³ Véase Enrique SAYAGUÉS LASO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., pág. 56. Allí se menciona como ejemplo el Tribunal de Cuentas, órgano constitucional extra-poder, que no obstante la regulación dispersa de ciertos aspectos de su funcionamiento en ciertas normas legislativas, actúa fundamentalmente en virtud de la suficientemente precisa atribución de competencias por la Constitución uruguaya, sin que exista a su respecto una ley orgánica (en el sentido que se atribuye dogmáticamente en Uruguay al término, esto es, leyes relativas a la específica regulación de la estructura y funcionamiento de una persona jurídica, un sistema de órganos o de una órgano).

postula en los artículos 7 y 332 de la Constitución uruguaya¹⁰⁴ y en el artículo 9.1 de la Constitución española¹⁰⁵.

También deben atenderse las soluciones constitucionales en los casos en los que la ley interviene y provee una regulación concurrente, toda vez que se reconoce la existencia de genuinas alternativas que deben manejarse al interpretar administrativa o jurisdiccionalmente la ley.

Asimismo, se impone directa o indirectamente la Constitución ante la posibilidad, en forma generalizada en el ejercicio de la función jurisdiccional, de declarar o requerir ante los órganos competentes –respectivamente en sistemas difusos o concentrados- la declaración de inconstitucionalidad de una ley verificada una contradicción. Por último, dependiendo de las soluciones de Derecho positivo, eventualmente también en el ejercicio de la función administrativa es posible que se atribuya potestad para requerir –nunca para declarar- la inconstitucionalidad de un acto legislativo por parte de determinados órganos públicos.

El ejercicio de todas y cada una de las funciones jurídicas supone partir de la identificación de las disposiciones constitucionales aplicables, de lo que se sigue la ejecución directa de la Constitución, sin perjuicio de la particular consideración de las disposiciones legislativas también vinculantes –en caso de existir- para el desempeño de la función jurisdiccional y administrativa¹⁰⁶. Admitido el valor normativo de la Constitución con el alcance actualmente conferido no puede predicarse su aplicación

¹⁰⁴ El artículo 7, primera oración, de la Constitución uruguaya dispone lo siguiente: «Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo, y propiedad». Por su parte, el artículo 332 de la Constitución uruguaya establece lo siguiente: «Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas». Sobre el artículo 7 véase, entre otros, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*. Tomo I, Edición de la Cámara de Senadores aprobada por Resolución del Cuerpo de fecha 13 de diciembre de 1988, págs. 216 y ss. (El referido autor realiza su estudio respecto del artículo 7 de la Constitución de 1942 pero su texto se mantiene incambiado en la Constitución vigente de 1967), Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., págs. 93 y 94, Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 436 a 438; José KORZENIAK: *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, pág. 324. Sobre el artículo 332 véase, entre otros, Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 95; Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 224 y ss., José KORZENIAK: Ob. Cit., págs. 68 y ss.

¹⁰⁵ El artículo 9.1 dispone lo siguiente: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.”. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 69.

¹⁰⁶ Eventualmente también restringen el ejercicio de la función legislativa en la medida en que no sean modificadas, pero en este caso existe como dato sin dudas relevantes la habilidad para alterar la regla. La actuación contraria a lo estipulado por igual forma supone derogación, pero debe tenerse en cuenta que pueden requerirse mayorías que de momento no se alcanzan.

indirecta por ningún sujeto público o privado sino en aquellos casos en los que sus propias disposiciones «directamente» consideradas así lo establecen¹⁰⁷.

Por su elaboración esencialmente democrática y plural, la ley todavía merece y efectivamente ostenta un lugar de relevancia en el esquema del constitucionalismo. Es por eso que deben realizarse no pocas precisiones, en lo que aquí interesa, para determinar el alcance de su interpretación jurisdiccional conforme a la Constitución y para calibrar su incidencia en la interpretación de la propia Constitución (ver *infra* V.4 y V.5). Aún con conciencia de ello, es incorrecto concluir que la función jurisdiccional - y en menor medida la administrativa- sea aplicación indirecta –en cuanto tamizada por la legislación- de la Constitución.

Así las cosas, el criterio formal de definición de las funciones jurídicas en atención a la distancia de la Constitución debe desecharse. No sólo por la existencia de evidentes casos de función jurisdiccional y administrativa que implican por su definición ejecución directa de la Constitución¹⁰⁸, sino también por razones de alcance material. En la medida en que la Constitución establece soluciones jurídicas, confiriendo derechos, deberes o potestades, éstas conforman el Derecho positivo aplicable que debe considerarse para el ejercicio de todas las funciones jurídicas, sin distinción en cuanto al carácter vinculatorio, aunque con diferente alcance y posibilidades de acción según el caso.

3. Una justificación de las Constituciones formales y normativas actuales.

Los sistemas jurídicos modernos, nacionales –por oposición a internacionales-, democráticos y liberales, suelen estructurarse a partir de Constituciones rígidas que disponen procedimientos diferenciados de elaboración de actos legislativos y constitucionales, sentándose así una distinción formal entre ellos. La identificación de la Constitución como un acto jurídico dotado de individualidad únicamente tiene sentido si en sustancia existe una materia cuyo tratamiento justifique un procedimiento especial de confección de la voluntad política de la comunidad. En otras palabras, la distinción entre actos jurídicos en el plano formal racionalmente se explica ante un escenario de

¹⁰⁷ En el mismo sentido véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 77.

¹⁰⁸ Tal es el caso, por mencionar algunos, del Tribunal Constitucional en la Constitución española o del Tribunal de Cuentas en la Constitución uruguaya, en tanto órganos de consagración y regulación constitucional.

diversos procesos disponibles y diferencias materiales atendibles. De tal modo que se reconozca que para la elaboración de normas referentes a determinados contenidos es conveniente que se adopten procedimientos de ciertas características y no de otras¹⁰⁹. Debe de antemano apuntarse que cualquier deslinde entre forma y materia, según la correlación teórica construida, conduce a una inconsistencia que erosiona el sistema.

Es contemporáneamente dominante una concepción de la materia constitucional que la identifica con la regulación del ejercicio del poder público democráticamente y a partir de ciertas limitaciones, frenos y contrapesos. Sobre esos cimientos se conforman los mecanismos de creación normativa y las pautas y modalidades de su aplicación, estableciéndose recintos de libertad, derechos básicos de los individuos y ciertas garantías. Es decir, la materia en sus aspectos básicos es aún definida en consonancia con la concepción valorativa de la Constitución recogida en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹¹⁰. Admitida la sustancia constitucional en el sentido antedicho, se impone analizar sus particularidades y cuestionarse si se presentan razones para su consideración formal específica, instaurándose procedimientos de reforma democráticos pero extraordinarios.

Si bien existen Constituciones vigentes en las que la reforma se veda en relación con determinados contenidos, como se mencionó, así lo establece la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en sus artículos 2, 3 y 79, no existen casos de prohibición absoluta de revisión, de «intangibilidad» total por consignación expresa. El modelo de Constituciones formales pero reformables, de Constituciones rígidas, es el más difundido.

¹⁰⁹ Una democracia dualista, en la terminología de ACKERMAN, debe justificarse en dos tipos diferentes de decisiones políticas. El referido autor realiza la división entre decisiones políticas ordinarias que corresponden a los gobernantes y extraordinarias –en momentos de especiales condiciones constitucionales– que corresponden al pueblo. Sobre el concepto de democracia dualista véase Bruce ACKERMAN: *We the people. Foundations*, The Belknap press of Harvard University Press. Cambridge Massachusetts, London, England, 1991, pág. 6.

¹¹⁰ Véase Javier GARCÍA ROCA: “Del principio de la división de Poderes”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Abril-junio, 2000, pág. 43, Francisco RUBIO LLORENTE: “El concepto de Constitución. Nota preliminar”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 10. Manuel ARAGÓN REYES: “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 175 y 176. Una muy buena defensa reciente de que la Constitución debe ser democrática, contener derechos individuales básicos y una separación de poderes para que pueda considerarse jurídica puede verse en Alfonso FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR y Carmen FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR: *Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento*, 2ª Edición, Edit. Colex, Madrid, 2008, págs. 17 y siguientes. GUASTINI entiende que la concepción contemporánea de Constitución va más allá de la clásica, al referir también a relaciones horizontales entre los ciudadanos. Véase Riccardo GUASTINI: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Mínima Trotta, 2ª Edición, Madrid, 2010, págs. 48 y 49. No estoy seguro de que la nota referida determine una nueva concepción de la Constitución, es cierto que se produjo un cambio significativo en su alcance, pero la materia constitucional no difiere.

Pueden formularse críticas sólidamente fundadas a la rigidez desde las tiendas de la petrificación, fundamentalmente basadas la exclusión de modificaciones que conduzcan a la negación o destrucción de la democracia, y desde las tiendas de la flexibilidad, fundamentalmente basadas en la igualdad en el tratamiento de los asuntos públicos ante un panorama de desacuerdos razonables. En el primer caso no se pone en juego el modelo de la dualidad de actos –de Constitución y ley-, es más, lo que se postula es que esa división al menos en relación con ciertos temas no puede siquiera revisarse. En el segundo caso es precisamente la división lo que se cuestiona.

Los embates más elocuentes al constitucionalismo contemporáneo son formulados por quienes consideran que la rigidez –también la petrificación, desde luego- impide el tratamiento democrático más puro de las cuestiones relevantes. Los cuestionamientos más influyentes, que merecen especial atención por impugnar la propia idea de Constitución formal, apuntan a propiciar la flexibilidad o, más estrictamente, a combatir ciertos modelos de rigidez que no acuden a la regla de la mayoría como mecanismo esencialmente igualitario¹¹¹.

Como se adelantó, la técnica de la rigidez proporciona un blindaje a los contenidos referidos, adjudicándoles protección formal mediante la atribución del mayor valor y fuerza dentro del ordenamiento jurídico. En el entendido de que éstos conforman su base, fundamentalmente radicada en una concepción de los hombres como seres libres e iguales¹¹² y en tanto libres e iguales dignos¹¹³, finalmente arraigada en un sustrato moral mínimo comúnmente aceptado en términos generales¹¹⁴. La incorporación jurídica de esas bases bajo la forma de «derechos» deviene necesaria para conferir una explicación teórica completa del sistema, incluso para justificar los propios mecanismos democráticos de elaboración normativa en los diferentes niveles. Nótese que tales «derechos» pueden leerse como precondiciones de la democracia.

Es importante para el análisis tener también en cuenta que los derechos individuales básicos contenidos en las Cartas formales por lo general se formulan con una considerable abstracción¹¹⁵, determinando así que las Constituciones sustanciales

¹¹¹ Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 136 y ss. y 251 y ss.

¹¹² John RAWLS: *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, Séptima impresión de la primera edición en español, México, 2013, pág. 150.

¹¹³ Sobre el concepto de dignidad humana, entre muchos otros, véase Gregorio PECES BARBA: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 35 y ss., Pablo LUCAS VERDÚ: *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid 1985, pág. 195.

¹¹⁴ Gregorio PECES BARBA: Ob. Cit., págs. 32 y ss. y 202.

¹¹⁵ Sobre el problema de la indeterminación y su incidencia en la tarea interpretativa se centrará el capítulo III.

sean principalmente abiertas¹¹⁶ por oposición a las Constituciones denominadas cerradas o de detalle. Veamos si todo esto tiene sentido.

Los especiales requisitos para la reforma de la Constitución bajo el esquema de la rigidez pueden justificarse por razones de estabilidad, de limitación del poder -incluso el ejercido por ciertas mayorías-, de protección de derechos -como mínimos intangibles-, y de bondades del procedimiento desde un punto de vista de la deliberación o de otras cualidades adscriptas al concepto de democracia. Una fundamentación satisfactoria debería acreditar una articulación optimizada en una democracia representativa de la tensión entre limitación del poder -constitucionalismo y derechos- y autogobierno -decisiones colectivas, democracia y mayorías-¹¹⁷.

Es precisamente este planteamiento el que los objetores del modelo cuestionan, no ven allí una tensión o una paradoja -según la considera HOLMES¹¹⁸- sino una lisa y llana contradicción. Consideran así que el elemento constitucionalista extingue al pretendido elemento democrático y que en la disyuntiva es preferible velar por la democracia en la configuración de los derechos. No se reniega de la idea de derechos morales sino que se propone su abordaje parlamentario y mayoritario simple. Debe aclararse que en estos casos se parte de una concepción ideal de la democracia como aplicación de la regla de la mayoría simple y estrictamente relacionada con el derecho de participación política como el derecho de los derechos¹¹⁹.

Para proveer de justificación al modelo de la distinción o de Constitución formal -denominado constitucionalismo, Estado constitucional o democracia dualista-, es de utilidad contraponerlo con el modelo de la flexibilidad -de soberanía parlamentaria, de Westminster, Estado legislativo o monista de la democracia-. En este último diseño el legislador democrático no tiene límites, sin perjuicio de la eventual recepción del principio de BLACKSTONE, que admite como único freno las decisiones que

¹¹⁶ Raúl CANOSA USERA: "Interpretación constitucional y voluntad democrática", en *Interpretación y garantías constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2013, pág. 3.

¹¹⁷ Véanse tres buenas presentaciones de la tensión en Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 157, Francisco RUBIO LLORENTE: "Rigidez y apertura en la constitución", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 129, 130 y 135; Robert ALEXYS: "Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático", en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, Cuarta Edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, págs. 37 y 38.

¹¹⁸ Stephen HOLMES: "*Precommitment and the Paradox of Democracy*", en *Passions and Constraint. On the theory of liberal democracy*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1995, págs. 135 a 137.

¹¹⁹ Véase Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 277 y ss.

precisamente eliminen la forma democrática de decidir¹²⁰. En el contraste resulta más fácil detectar el sentido de la división de actos y su jerarquización, en función de su pretendido contenido constitucional y apreciar así de qué forma son determinantes los procedimientos para su elaboración.

No corresponde aquí discutir sobre la existencia de derechos morales inviolables. Se partirá de su asunción, de una noción de dignidad humana generalmente consensuada en forma abstracta, que se manifiesta en derechos como cartas de triunfo en manos de los individuos que deberían imponerse incluso ante la justificación de una meta colectiva¹²¹, como conformadores de un «coto vedado»¹²², o bien como cuestiones de la esfera de lo «indecidible»¹²³, según las diferentes y respectivas posiciones –en gran medida asimilables- de DWORKIN, GARZÓN VALDÉS Y FERRAJOLI.

Sin embargo, no se pretende aquí indicar que ellos puedan con exactitud delimitarse, pues aunque no hay duda de que de las distintas concepciones de los «derechos» algunas son más aceptables que otras¹²⁴, es cierto que pueden al respecto existir discrepancias genuinas. De todas formas, en tanto generalmente admitidos como categoría, deberían intentar identificarse y ser asegurados. El problema central consiste en la forma de determinarlos, en el diseño institucional más adecuado para su tratamiento. En la medida de lo posible debería intentarse su protección jurídica por algún mecanismo que los contemple, naturalmente, pero que a la vez considere como dato el posible disenso a su respecto.

Así, se tomará como punto de partida una considerable convicción colectiva sobre la existencia de tales bienes como categoría abstracta¹²⁵ –descartándose las teorías escépticas al respecto¹²⁶-, lo que equivale a partir de una idea de cierto valor de los individuos, de su dignidad¹²⁷. Pero constatándose también la posibilidad de controversias o desacuerdos sobre la definición y determinación de su particular

¹²⁰ William BLACKSTONE: *Commentaries on the Laws of England*, 3 vol., Dawson's of Pall Mall, Londres, 1966, vol. I, pág. 90. Véase el mismo concepto básico pero con un alcance más amplio, no acotado a los actos del parlamento, en Stephen HOLMES: Ob. Cit., págs. 175 y 176.

¹²¹ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., págs. 37 y 219.

¹²² Ernesto GARZÓN VALDÉS: “Representación y democracia”, en *Revista DOXA*, número 6, 1989, pág. 156.

¹²³ Luigi FERRAJOLI: Ob. Cit., pág. 24.

¹²⁴ Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., pág. 195.

¹²⁵ Esto parece fácilmente aceptable, pues basta para ello con constatar la abrumadora mayoría de Constituciones que incluyen catálogos de derechos fundamentales como límites al legislador y las declaraciones y convenciones internacionales.

¹²⁶ Vid Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., págs. 218 y 220.

¹²⁷ Un «consenso traslapado» (*overlapping consensus*) al respecto, en la terminología de RAWLS. John RAWLS: Ob. Cit., págs. 137 y ss.

alcance¹²⁸ en comunidades que se desenvuelven en condiciones de un pluralismo razonable¹²⁹.

Resulta en este singular aspecto en buena medida convincente la postura de WALDRON, no así todas las consecuencias que de ella deriva, que sin dejar de partir de un enfoque basado en derechos, reconoce que éstos implican cuestiones complicadas, que se trata de asuntos difíciles sobre los que los hombres difieren habitualmente¹³⁰. Si bien existen casos claros o no controvertidos -v.gr., la prohibición de la tortura¹³¹- su postulado de desacuerdos es sin dudas una buena aproximación a la realidad. Basta repasar los esfuerzos de los tribunales o jueces constitucionales y las complejas teorías sobre el contenido esencial, la ponderación y la proporcionalidad para decidir cuestiones de derechos fundamentales, así como las manifestaciones populares reivindicando derechos -por ejemplo, en cuestiones ambientales o reivindicando u oponiéndose a la despenalización del aborto-, para verificar que en cierto punto es difícilmente controvertible lo afirmado.

Es a mi modo de ver tan claro que existe un relativo consenso sobre una categoría abstracta de derechos -sobre la idea de dignidad-, como que, en determinados casos, existen desacuerdos sobre sus límites, especialmente evidentes cuando para fijarlos se analizan manifestaciones concretas de los «derechos»¹³². Por otra parte, si se admite que la indeterminación de las disposiciones normativas es relativa, no es de extrañar que la concretización de los derechos presente más dificultades, y con ella mayor propensión a la discrepancia, que las formulaciones abstractas¹³³. Dicha tarea

¹²⁸Es así que AARNIO indica que cuanto más general es la formulación de la norma, tanto más fácil es obtener una aceptación amplia, indicando luego que partiendo de un argumento abstracto -aceptado como punto inicial de un debate sobre valores-, éste debe interpretarse en el punto de la aplicación, y que una vez que se tiene todo en cuenta -todos los argumentos a favor y en contra en un caso concreto-, la audiencia universal se dispersa y la aceptación uniforme desaparece presentándose discrepancias. Aulius AARNIO: “¿Una única respuesta correcta?”, en Aulius AARNIO, Manuel ATIENZA y Francisco LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010. Véase también Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 19 y 20, y Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, págs. 47 y 48.

¹²⁹ Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., pág.15.

¹³⁰ Roberto GARGARELLA y José Luis MARTÍ: “Estudio Preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron”, en *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. XXIV. Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 19 y 20.

¹³¹ Véase, por muchos, Ana SALADO OSUNA: “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2009, págs. 107 y 108.

¹³² Véase Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit. pág. 72.

¹³³ ATIENZA utiliza un trabajo de Jonsen y Toulmin (integrantes de una Comisión de bioética del Congreso de los Estados Unidos encargada de elaborar un catálogo de principios en la materia) para

supone pronunciarse no sobre la existencia de algún derecho a la protección de un bien genérico, sino sobre los límites de ese bien que determinan o no la configuración de un derecho a exigir algo concreto.

Sin embargo, debe relativizarse el enfoque de los desacuerdos que en términos generales aquí se acepta. No creo que tan fácilmente se pueda afirmar que sean mayores -en términos cuantitativos- los grandes desacuerdos que los grandes consensos, incluso en lo que refiere a especificaciones de derechos. Desde el Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay, hace ya tres años que se organiza junto con la Fundación Konrad Adenauer un seminario sobre derechos humanos. En las tres ediciones la propuesta consistió en plantear casos originales y verdaderamente complejos de colisión o delimitación de derechos y lo cierto es que a diez profesores de Derecho Constitucional nos resultó una tarea realmente compleja construir casos interesantes, pues solíamos recurrir siempre a los mismos problemas.

En ocasión de cursar una Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la misma casa de estudios en el año 2007, uno de los casos emblemáticos que se planteó, por su riqueza analítica, fue el del uso del velo islámico en instituciones de enseñanza pública. Un caso que en ese entonces -ahora no tanto- resultaba absolutamente alejado de los problemas de la comunidad uruguaya.

Es cierto que la realidad termina siendo más rica que posibles creaciones ideales y que incide el grado de pluralismo de una comunidad en el nivel de desacuerdos -siendo la comunidad uruguaya todavía relativamente homogénea-, pero en cualquier caso, el argumento de WALDRON debería ser considerado con menos radicalidad. No me parece evidente que los desacuerdos sean siempre «profundos» en torno a los detalles y

discutir una afirmación similar de AARNIO. Basándose en la experiencia de la Comisión, éstos destacaron que les resultaba más fácil coincidir en el nivel de los juicios particulares, que en el nivel de los principios, que en ese caso iban por caminos separados. Manuel ATIENZA: “Sobre la única respuesta correcta”, en Aulus AARNIO, Manuel ATIENZA y Francisco LAPORTA, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010. Pág. 70 y 71. Parecería que la crítica en verdad no apunta adecuadamente contra la afirmación, sino que refiere a un caso distinto. La dificultad que se expone es la de realizar un catálogo abstracto de principios que sea de utilidad para regir éticamente a una disciplina a partir de casos específicos. Es notoria la dificultad y falibilidad del razonamiento inductivo que se proponían realizar para extraer de casos un sistema armónico de reglas generales -o principios-. Ahora bien, la realidad en materia de derechos fundamentales es otra y la dificultad opera en la dirección contraria, pues incuestionablemente se parte de catálogos -relativamente consensuados- con formulaciones abstractas y la complejidad radica en su concretización, al analizar casos puntuales desde normas abstractas. El razonamiento de ATIENZA puede servir para postular la inutilidad de las formulaciones abstractas y sugerir una regulación de detalle o bien la ausencia de regulación y la apelación lisa y llana a la equidad, pero no para demostrar que es más sencillo ponerse de acuerdo en cuestiones específicas que en cuestiones abstractas con carácter general.

a las concepciones específicas de los derechos, como sostiene MORENO siguiendo la línea del profesor neozelandés¹³⁴.

Resta adicionar alguna precisión previa para poder contraponer más eficazmente argumentos sobre la justificación o no de la distinción formal entre Constitución y ley.

En primer lugar, debe tenerse presente que, en principio, en materia de decisiones políticas por parte del legislador ordinario el procedimiento suele basarse en la regla de la mayoría simple¹³⁵, mientras que para la conformación de un acto constitucional se requiere de un procedimiento diferente, pero no necesariamente su diversidad radica en el tamaño de la mayoría exigida. Nótese que la valoración de los procedimientos implica una postura determinada sobre la teoría de la democracia –o de la autoridad- necesariamente anclada en sus valores subyacentes, fundamentalmente la igualdad y la autonomía individual.

En segundo lugar, otro factor relevante para calibrar adecuadamente las posiciones sobre la conveniencia de la distinción, consiste en determinar un contenido de la Constitución formal. Interesa partir de las Constituciones abiertas que nos ocupan, pues esta tesis pretende analizar la interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legislativas en su marco. Pero no debe ocultarse que algunas de las posibles críticas al modelo de la división pueden superarse si se postula un contenido constitucional diferente -mínimo o procedimental- o una forma particular de expresarlo. Como se adelantó, se partirá de Constituciones de derechos o sustanciales por oposición a las meramente procedimentales¹³⁶ y de Constituciones abiertas por oposición a las cerradas o de detalle¹³⁷, y se buscará su justificación específica.

Por último, debe también mencionarse que toda vez que se admite la idea de una Constitución como norma jurídica superior en relación con la ley y los demás actos

¹³⁴ Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., pág. 48.

¹³⁵ En verdad ello no es exactamente así, pues existen grados de «rigidez» entre actos considerados de legislación ordinaria –podrían considerarse constitucionales en cierto sentido-. Un típico ejemplo es la normativa en materia electoral. No obstante la regulación básica suele establecerse en las Constituciones, su desarrollo se confía a la ley, exigiéndose por las particularidades de la materia una mayoría especial. Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 81 de la Constitución española al requerir la mayoría absoluta para disponer o modificar el régimen electoral general. En el caso de la Constitución uruguaya, dependiendo el caso se exige mayorías simples, absolutas o cualificadas de 2/3 (véanse entre otros el artículo 77 inciso segundo, 77 ordinal 2º, 77 ordinal 8º, 77 ordinal 12º in fine y el 79), pero el principio es el de mayoría de 2/3 en ambas Cámaras según postula el artículo 77 ordinal 7º.

¹³⁶ A estos efectos se entenderá por Constitución procedimental tanto una concepción fuerte que consiste en un contenido estructural y en la regulación de los derechos políticos como una versión débil que propone una reinterpretación de cláusulas materiales en clave de procedimiento. John Hart ELY: Ob. Cit., págs. 88 y ss.

¹³⁷ Sobre las constituciones abiertas o de detalle véase Víctor FERRERES COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en Ob. Cit., págs. 33 y ss.; y *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 77 y ss; y Gema MARCILLA CÓRDOBA: Ob. Cit., págs. 234 y 235.

jurídicos subordinados, es relevante atender a los órganos y formas previstos para hacerla valer. Lo cierto es que aunque la distinción en su presentación inicial pueda tener sentido, de nada sirve si luego resulta que su puesta en práctica presenta inconsistencias insalvables. Las consideraciones acerca de la aplicación de la Constitución, el tipo de efectos generados ante la superación de la ley en supuestos de antinomias y las características de los órganos encargados de llevarla a cabo, su designación y cese, sin dudas también repercuten en la mayor o menor fortaleza del modelo¹³⁸.

Desde esta perspectiva funcional, interesa el protagonismo del legislador democrático y de los órganos jurisdiccionales en la aplicación de la Constitución – reconociéndose un control jurisdiccional-. Igualmente, salvo en los casos en los que ello resulta necesario para explicar el núcleo del problema, es excesivo en esta justificación general ingresar al estudio de las particularidades que pueden presentarse según la conformación y el funcionamiento del Parlamento y de la justicia, especialmente la constitucional, en sistemas específicos.

Como bien indica BAYÓN, pueden conceptualmente plantearse formas diferentes de constitucionalismo, dependiendo de la configuración de las variables fundamentales¹³⁹: reforma, control de constitucionalidad y formulación de derechos. Con la finalidad de no realizar un estudio desproporcionado de este punto, que es necesario para comprender las bases de la significación de la Constitución y de la ley en el sistema pero que no es el problema central de la tesis, cabe partir de las salvedades antedichas pero no insistir en la precisión de las variables ni realizar un análisis completo de cada una ellas ni de las alternativas posibles por su combinación.

3.1. Objeciones democráticas a los derechos constitucionalmente consignados y su protección jurisdiccional.

Las objeciones democráticas al atrincheramiento de derechos en Constituciones formales alternan en apuntar contra dos elementos relacionados pero diferenciables, que refieren respectivamente a la fase de producción y a la de aplicación normativa. Es decir, a los procedimientos agravados de elaboración de actos constitucionales -ciertas

¹³⁸ En similar sentido se ha pronunciado Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 43 y ss.

¹³⁹ Juan Carlos BAYÓN: “Derechos, democracia y Constitución”, en Ob. Cit., págs. 212 y 213.

formas de rigidez- y al control jurisdiccional¹⁴⁰ de las leyes -esta última faceta denominada por BICKEL como la dificultad contra-mayoritaria¹⁴¹-.

Detrás de una crítica al control de constitucionalidad de las leyes, muchas veces en verdad se presenta una crítica a la idea misma de Constitución formal y su supremacía respecto de la ley ordinaria. Es decir, ante un mismo problema, se formulan críticas que enfatizan los aspectos relacionados con el origen de la distinción y otros con cuestiones propias de su aplicación, pero lo cierto es que deben contemplarse ambas facetas para elaborar una crítica completa del sistema. ¿Por qué en un contexto de controversias sobre la especificación de derechos y de pluralismo razonable se impide la decisión mayoritaria -igualitaria- por órganos representativos de la comunidad del presente? ¿Por qué en una materia significativa, axiológica y opinable se confía en los jueces y no en un parlamento electo libremente y por sufragio universal para adoptar decisiones?

No se propone aquí un análisis exhaustivo de la problemática de la tensión antes referida y de todas sus consecuencias, pues sería absolutamente inabarcable y exagerado, supondría proponer una teoría general de la democracia y de la Constitución comprensiva¹⁴². Simplemente se presentarán las versiones más difundidas de la objeción democrática a la «constitucionalización» formal de derechos, principalmente acudiendo a los relativamente recientes desarrollos de Jeremy WALDRON¹⁴³, para luego intentar una justificación de la distinción entre Constitución formal y ley en función de la identificación de una materia constitucional que comprende a los «derechos».

La sustracción de ciertos temas de la decisión colectiva ordinaria se impugna desde el ideal del autogobierno básicamente por las siguientes razones:

(i) la bifurcación entre los creadores de una Constitución y los sujetos por sus reglas compelidos, que se genera ante las dificultades adicionales que sobre estos últimos se cargan para decidir sobre su propia Constitución -el problema de las generaciones y su supuesto tratamiento desigualitario-;

¹⁴⁰ En las obras sobre este tema suele referirse al control judicial y no al jurisdiccional, pero en la medida en que la crítica en sus puntos básicos aplica a sistemas de justicia constitucional no judicial –esto es, diseñada fuera del Poder Judicial-, aquí se sustituyó el término para comprender los distintos sistemas de justicia constitucional.

¹⁴¹ Alexander M. BICKEL: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Second Edition, Yale University Press. New Haven and London, First published in 1962, 1986, pág. 16.

¹⁴² Sobre las concepciones teóricas de la democracia véase Carlos NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ob. Cit., págs. 101 y ss.

¹⁴³ Una excelente construcción a partir de sus ideas, orientada más específicamente a criticar el control judicial de constitucionalidad de las leyes como última palabra en materia de derechos fundamentales puede apreciarse en el libro de Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ antes citado.

(ii) la ventaja moral del procedimiento de resolución por la regla de la mayoría simple sobre cualquier otro procedimiento de producción jurídica posible, por ser el único que verdaderamente confiere un tratamiento igualitario a los participantes atribuyendo un idéntico poder de voto a cada uno de ellos; y

(iii) la superioridad del Parlamento sobre órganos jurisdiccionales por su legitimidad de origen -por su más directa y completa representatividad- y por su mejor posición epistemológica para resolver cuestiones controversiales sobre derechos.

3.1.1. El constreñimiento procedimental de generaciones futuras.

El primer argumento democrático surgió en los mismos albores de las Constituciones formales, sostenido entre otros por PAINE y JEFFERSON, postula la inadmisibilidad de que las generaciones pasadas obliguen a las futuras¹⁴⁴. Se sostiene que las restricciones a la reforma de la Constitución generarían un tratamiento desigualitario entre una primera generación constituyente y las generaciones posteriores, pues éstas deberían ser tan libres de actuar por sí mismas como la primera. En su defensa del mundo de los «vivos» sobre el de los «muertos», JEFFERSON llegó incluso a plantear, basado en los estudios actuariales de BUFFON, la revisión necesaria de la Constitución cada veinticinco años¹⁴⁵. De esa manera se aseguraría razonablemente el consentimiento de los «vivos», para que cada generación pueda establecer la forma de gobierno que considere más adecuada para promover su propia felicidad¹⁴⁶.

LAPORTA demostró adecuadamente que la noción de «generación» es imprecisa y que el problema de la ausencia de coincidencia entre emisores directos o indirectos de normas jurídicas y sus destinatarios, es inevitable en función de los cambios fatalmente ocasionados por el transcurso del tiempo. En democracias representativas la revisión y reapertura de lo decidido cada vez que un individuo se incorpora al cuerpo electoral -elecciones mediante en cada caso- haría imposible el gobierno mediante reglas¹⁴⁷. En otras palabras, el Derecho aspira a regular conductas futuras de los individuos y para

¹⁴⁴ Stephen HOLMES: Ob. Cit., págs. 138 a 142. Véase también Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 160.

¹⁴⁵ Francisco RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 132.

¹⁴⁶ Stephen HOLMES: Ob. Cit. pág. 141. Tal solución fue implementada en las Constituciones de Polonia de 1791 y 1921, que establecía la instancia de revisión necesaria cada cierto tiempo. Francisco RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 132. Véase también Néstor Pedro SAGÜÉS: *Teoría de la Constitución*, Ob.Cit., pág. 300.

¹⁴⁷ Véase Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob.Cit., pág. 481 y 482.

que ello tenga algún tipo de sentido las normas tienen que tener un mínimo margen temporal, una expectativa de aplicabilidad y una tendencia a cierta durabilidad. Dicha característica es propia de toda norma, pero es todavía más significativa -o en general se aspira a que así sea- en el caso de las normas constitucionales.

Ahora bien, el argumento mencionado, al despejar las complejidades de la idea de generaciones, consigue atenuar el problema de que sujetos del presente obliguen a sujetos del futuro. Ello sucede siempre y fatalmente al generarse una brecha entre elección y elección, por los ingresos al cuerpo electoral. En definitiva será una cuestión de entidad la que determine las preferencias por soluciones de mayor estabilidad o de revisión, pero una durabilidad mínima es esencial al Derecho.

Sin embargo, no se logran explicar de esta forma las razones por las cuáles unos individuos «fundadores» pueden disponer normativamente un procedimiento más agravado que el que ellos mismos se impusieron para adoptar determinadas decisiones¹⁴⁸.

Tampoco es preciso el planteo en este último aspecto, pues para analizar con seriedad el tema de la igualdad en el sentido planteado, deberían aclararse previamente un par de cosas. En primer lugar, debería esgrimirse que no es razonable diferenciar un período revolucionario y fundacional de uno que no lo es y consignar procedimientos en consecuencia de tal distinción. En segundo lugar, sería necesario determinar con precisión respecto de una comunidad determinada cuál fue el procedimiento llevado a cabo por los constituyentes originales, el mecanismo dispuesto para su elección y su organización, así como el específicamente establecido para la reforma constitucional.

Es posible incluso que una Constitución sea rígida pero que su mecanismo de reforma sea en algún sentido más simple que el empleado por el constituyente original. Recuérdesse que conceptualmente la divergencia y agravamiento se plantea en relación con los procesos de elaboración de la ley ordinaria y no con el adoptado para la sanción de normas constitucionales anteriores -«originales»-.

De todas formas, parecería que no cabe insistir en el problema de la igualdad entre el procedimiento del constituyente original y el previsto para potenciales constituyentes derivados. Podrían ser ambos igualmente complejos y deficientes desde una determinada perspectiva democrática.

¹⁴⁸ En el mismo sentido véase Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 161.

El aspecto central que parece en verdad presentarse no versa realmente sobre la igualdad entre individuos del pasado, del presente y del futuro en sus posibilidades de adoptar decisiones, sino, más precisamente, sobre la forma más adecuada para tomar dichas decisiones en una comunidad política a lo largo del tiempo, especialmente en materia de «derechos». El punto que parece subyacer detrás del argumento analizado consiste en que, en lo posible y de acuerdo a parámetros de razonabilidad, no se prive a manifestaciones de una comunidad -según su conformación variante en el tiempo- de la mejor forma para tomar decisiones políticas colectivas.

Así, como se indicó al comienzo del capítulo, la problemática reside en el cuestionamiento sobre la conveniencia o no de que se establezcan diferentes procedimientos democráticos para la discusión y resolución de determinadas materias.

3.1.2 La resolución parlamentaria por mayoría simple y su pretendida superioridad para el tratamiento de los derechos.

Ubicada la discusión de forma más afinada en la búsqueda de procedimientos óptimos para la adopción de decisiones colectivas de la comunidad, cabe analizar fundamentalmente la revulsiva tesis de WALDRON. A partir del desacuerdo como circunstancia de la política, aun reconociendo una teoría basada en derechos, cuestiona con agudeza su protección en Constituciones formales¹⁴⁹. En su lugar, sugiere como mecanismo moralmente más ajustado la resolución parlamentaria por mayoría simple. Es decir, propone sin excepciones adoptar el mecanismo de decisiones ordinarias, el dispuesto para la sanción de los actos legislativos. A su juicio, destaca que la rigidez constitucional -considerando específicamente la versión estadounidense de protección formal- supone acudir a procedimientos que determinan un tratamiento desigualitario de los individuos, que violentan su igual consideración y respeto para resolver sobre derechos. A su vez, ante su consagración particularmente abstracta en modelos de Constituciones abiertas, indica que el atrincheramiento implica delegar en órganos jurisdiccionales, de menor legitimidad democrática que el Parlamento, por su escasa representatividad y pluralismo, las discusiones sobre éstos¹⁵⁰.

Seguidamente se analizarán por separado estas posturas que tienen en común ensalzar al Parlamento y a la regla de la mayoría simple, respectivamente como órgano

¹⁴⁹ Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 18 y ss., 251 y 252.

¹⁵⁰ IDEM, pág. 22. Véase también Alexander BICKEL: Ob. Cit., pág. 16.

y procedimiento más acabado para la definición de derechos, suministrando así una respuesta a la pregunta acerca de quién y cómo debe decidirse en la materia¹⁵¹.

En una reducción algo inexacta, puede decirse que las críticas se dirigen contra la rigidez constitucional y contra el control de constitucionalidad de actos legislativos. En verdad, como se precisó previamente, apuntan contra un determinado modelo de rigidez -nuevamente, que no se apoya en la regla de mayoría- y contra un sistema específico de control jurisdiccional, en el marco de Constituciones con Cartas de Derechos formuladas con considerable abstracción.

a. Sobre la supuesta superioridad de la resolución parlamentaria por mayoría simple en la producción normativa sobre derechos.

WALDRON realiza una elocuente defensa de la respetabilidad moral de la decisión mayoritaria simple, descartando su concepción como un principio impersonal puramente agregativo. Basa su postura en dos puntos:

(i) el respeto de diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común -el respeto de los desacuerdos-; y

(ii) el igual respeto de los participantes en el procedimiento decisorio colectivo -el cómputo equitativo-¹⁵².

Del primer fundamento se sigue la bondad de que en un medio de un pluralismo razonable, en el que el consenso es cuanto menos ocasional, se adopte una decisión que tenga en cuenta todas las opiniones. Sin embargo, no necesariamente conduce a un procedimiento de decisión mayoritaria, ni tampoco, más específicamente, a la tesis de la resolución mayoritaria simple y parlamentaria que el autor propugna. Es con el complemento del segundo fundamento que se termina de delinear la posición. El método de decisión mayoritaria simple implica el compromiso de dar igual peso al punto de vista de cada individuo participante en un proceso en el que se seleccionará alguno de ellos como el propio del grupo¹⁵³. Se asegura así un igual poder de voto, pues la resta relevante entre opciones para la adopción de resoluciones es de uno.

En el caso de las decisiones mayoritarias agravadas o cualificadas se quiebra la consideración de idéntico respeto de las personas en beneficio de una minoría, que

¹⁵¹ Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., pág. 292.

¹⁵² Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., pág. 131.

¹⁵³ IDEM, pág. 137.

adquiere un poder de veto y que privilegia el punto de vista del mantenimiento de la regulación del *status quo*¹⁵⁴.

Las conclusiones mencionadas parecen ser contundentes, pues aunque existan argumentos que puedan conducir a la preferencia de otras alternativas considerando otros aspectos, la desigualdad en la incidencia del voto en procedimientos mayoritarios ajenos al simple parecería que no puede discutirse. De todas formas, de ello no se deriva indefectiblemente una crítica a la rigidez constitucional sino a determinadas versiones que la establecen en virtud de exigencias de mayorías especiales¹⁵⁵. Si, por ejemplo, la particularidad del procedimiento de reforma constitucional en relación con la sanción de las leyes, consistiese en la aprobación parlamentaria del proyecto por mayoría simple pero en dos instancias diferidas en el tiempo, no cabría argüir como problema el quiebre de la igual consideración en la adjudicación del poder de voto.

Acotado el cuestionamiento en sus justos términos, corresponde seguir la presentación del argumento en el contexto de la protección constitucional puntualmente apoyada en la exigencia de mayorías especiales. También esta versión presenta elementos de peso que deben contraponerse a los puramente mayoritarios.

¿En qué sentido se justifica renunciar a un procedimiento que confiere igual tratamiento de los individuos para dirimir asuntos controversiales sobre derechos? No es nada sencillo responder a esta pregunta. Especialmente no lo es si se admite un escenario de desacuerdos inevitables entre hombres razonables, en el marco de lo que WALDRON denomina «circunstancias de la política». En una expresa alusión a la idea de las «circunstancias de la justicia» propuesta por RAWLS, denomina «circunstancias de la política» a la necesidad percibida por los miembros de un determinado grupo de contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión, a pesar de la existencia de desacuerdos, incluso aquellos que refieren a cuál debería ser dicho marco, decisión o acción¹⁵⁶.

Pese a reconocer la posibilidad de que existan disensos sobre las formas de decisión, embanderado en la regla mayoritaria simple y una concepción de la igualdad, el autor sugestivamente se desentiende de la problemática de los desacuerdos en relación con dichos aspectos e insiste en la imposición de la solución procedimental que

¹⁵⁴ Véase Alexander BICKEL: Ob., Cit., pág. 21. Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., págs. 298 y 299; Juan Carlos BAYÓN: “Derechos, democracia y Constitución”, en Ob. Cit., pág. 219.

¹⁵⁵ Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob.Cit., pág. 467 y 468.

¹⁵⁶ Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit. pág. 123 y 127.

entiende conveniente¹⁵⁷. El argumento de los desacuerdos planteado en forma extrema conduce al escepticismo, a la imposibilidad de proponer cualquier mecanismo para adoptar decisiones colectivas.

Pero existen determinadas cuestiones básicas que, toda vez que se considera valiosa a la democracia, no parecen admitir en sus líneas generales fuertes cuestionamientos. Debería partirse de ellas en vez de hacerlo de la regla mayoritaria misma. La defensa de la democracia e incluso de la regla de la mayoría se sustenta en la igualdad y en la libertad o autonomía moral¹⁵⁸, en una idea de individuos con sus propias concepciones del bien y sus propios planes de vida que merecen igual respeto. Esclarecida su justificación sumaria, se esclarece también que no son convincentes las razones para excluir una defensa sustantiva. De esa forma se evitan atentados a través de la regla mayoritaria contra su propio fundamento¹⁵⁹ o su funcionamiento infundado o patológico, por menoscabo o ausencia de sus prerequisites.

Una vez reconocidos determinados valores o derechos ideales son presupuestos o precondiciones de la democracia¹⁶⁰, si se pretende sustentar la bondad intrínseca de la democracia¹⁶¹, parece razonable asegurarlos y a través de ellos asegurarla. La priorización de los aspectos procedimentales sobre los sustantivos, en virtud de lo indicado hasta el momento, no parece justificarse. En cualquier caso, debe admitirse la complejidad de la especificación de la interdependencia. Consignar qué derechos algo

¹⁵⁷ Véase una formulación completa de esta crítica en Thomas CHRISTIANO: "Waldron on Law and Disagreement", en *Law and Philosophy*, Vol 19, N4, 2000, págs. 519 y 520, Juan Carlos BAYÓN: "Derechos, democracia y Constitución", en Ob. Cit., pág. 227. Roberto GARGARELLA y José Luis MARTÍ: Ob. Cit., pág. XXV y XXVI Cecile FABRE: *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, 2000, pág. 275.

¹⁵⁸ Véase Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 66 y ss.; Carlos Santiago NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ob. Cit., págs. 75 a 78 y 277 a 280; Jürgen HABERMAS: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Edit. Trotta, Cuarta Edición, Madrid, 2005, pág. 339; Roberto GARGARELLA: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pág. 214.

¹⁵⁹ En similar sentido véase Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 170 a 174.

¹⁶⁰ Carlos Santiago NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ob. Cit., pág. 192 y ss., y pág. 273 y ss. Claudina ORUNESU: Ob. Cit., págs. 170 y siguientes. Luigi FERRAJOLI: Ob. Cit., págs. 50 y ss.

¹⁶¹ NINO atribuye a la democracia un valor epistémico que admite grados, en una propuesta que aspira en buena medida a superar un planteo «elitista» o «populista» sobre la definición de los derechos. Véase Carlos Santiago NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ob. Cit., págs., 193 y 194. Sin embargo, es suficiente a los efectos que aquí se persiguen con considerar las precondiciones en el marco de un problema de moralidad intrínseca de la democracia, sin ingresar al cuestionamiento de su valor epistemológico -que parece algo tan cuestionable como sus presupuestos sustanciales-. Partiendo de la base de la existencia de grados o niveles de «democracia» -mejor o peor justificados moralmente o epistémicamente- se cuestiona sobre la justificación o no de una democracia y su funcionamiento en dos niveles, en un contexto de ciertos consensos básicos y desacuerdos. Se trata en definitiva de argumentar sobre la conveniencia o no de acudir a mecanismos democráticos diferenciados -precisamente por grados- para la creación de las Cartas de Derechos como se justificará en el subcapítulo siguiente (*infra* II.3).

más concretos que la libertad, la igualdad o la amplísima noción de dignidad son efectivamente necesarios como condiciones o prerequisites para una democracia moralmente adecuada es una tarea realmente difícil¹⁶². Invita a insistir con nuevos cuestionamientos.

Algunos «derechos morales» se relacionan con la democracia con bastante claridad por operar como su fundamento, tal es el caso de la autonomía moral y la igualdad de consideración y respeto, o por su relación directa o estructural, tal es el caso de los derechos políticos -principalmente la libertad de expresión, de reunión, de asociación, el derecho activo y pasivo al sufragio y en general de participación política-. Pero corresponde extender el listado para comprender otros no tan evidentes pero igualmente necesarios, los derechos llamados sociales¹⁶³. En una situación de necesidades básicas insatisfechas no es razonable esperar un compromiso con la participación democrática de parte de los postergados, ni considerar su aporte como libre o igualitariamente pronunciado. Lo más razonable es que a una persona en esa situación dramática le preocupen los urgentes resultados y no participar políticamente para deliberar a su respecto, menos aún con sujetos que se encuentran en situaciones mucho más beneficiosas para hacer pesar y triunfar sus opiniones. Sería realmente sorprendente que un individuo tenga predisposición y fuerza de voluntad para pensar en términos de bien común bajo tales circunstancias.

Nótese que incluso bajo una postura procedimentalista de los derechos y su aplicación judicial, como la notablemente formulada por ELY, no se alude exclusivamente a los aspectos «procesales o formales» de la democracia. Se termina por incluir determinados aspectos materiales, al plantearse que en supuestos de relegamiento de minorías cabe también un discurso de los derechos con sustancia y su

¹⁶² Carlos Santiago NINO: *La constitución de la democracia deliberativa*, Ob. Cit., pág., 275. Claudina ORUNESU: Ob. Cit., págs. 170 y siguientes. También BAYÓN analiza el tema de las precondiciones y afirma, con solo parte de razón, que varios de los derechos fundamentales que se incluyen en las Constituciones no son en verdad precondiciones de la democracia —«*pecan definitivamente por exceso*». Véase Juan Carlos BAYÓN: “Derechos, democracia y Constitución”, en Ob. Cit., pág., 226. El planteo de la relevancia de los derechos como precondiciones de la democracia a efectos argumentativos, para rebatir las tesis que proponen soluciones que priorizan una democracia exclusivamente formal por sobre sus fundamentos, no debe conducir a perder de vista que el fundamento de los derechos es la idea de dignidad humana. Puede suceder que en las Cartas de Derechos se incluyan algunos que verdaderamente no son derechos morales inmediatamente conectados con la idea de dignidad humana, pero me atrevo a afirmar que toda vez que efectivamente *lo* son, constituyen a su turno presupuestos de la democracia — pues los participantes en el juego democrático deben idealmente ser igualmente dignos-, aunque valen por sí mismos y no por esta última característica.

¹⁶³ Carlos Santiago NINO: *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión de la 1ª edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 692 y ss. Roberto GARGARELLA: *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004, págs. 90 y siguientes.

defensa judicial ante la legislación¹⁶⁴. Capítulo aparte merecería determinar bajo esta tesis el grado de relegamiento que debería el juez controlar. Parece que no debería ser únicamente en consideración de las categorías tradicionales de discriminación odiosa y sobre minorías, especialmente en comunidades con niveles de exclusión social y desigualdades económicas significativas. En dichos casos incluso podría afirmarse que existen mayorías relegadas.

Si se atiende a la raíz del razonamiento de BLACKSTONE, que postula la competencia absoluta del Parlamento para resolver por mayoría cualquier cosa, salvo la sustitución del propio método mayoritario de decisión¹⁶⁵, parece que lo que pretende evitarse es la autodestrucción de la democracia. Un razonamiento análogo, a partir de la admisión de precondiciones de la democracia que previamente se ha expuesto, debería conducir a que no pueda decidirse tampoco sobre sus precondiciones o, en una tesis menos fuerte, que su consideración merezca atención especial, pues al destruirlas también se destruiría la democracia¹⁶⁶.

Extremado el razonamiento cabe cuestionarse si no debería incluso resignarse la posibilidad de toda revisión democrática de las precondiciones como establece la Ley Fundamental de Bonn¹⁶⁷.

Razones de legitimidad conducen a que en última instancia deba admitirse alguna forma de decisión democrática, si se parte de una situación de igualdad y libertad de los individuos como su soporte y de condiciones óptimas de información, deliberación y decisión por parte de los interesados -legitimidad en la forma-. A su turno, razones de legitimidad también sugieren que no podrían comprometerse las bases del sistema que se reconocen como fuente de legitimidad, las precondiciones del procedimiento democrático. Pese a que éstas puedan resultar controversiales en lo que

¹⁶⁴ Véase John Hart ELY: Ob. Cit., págs. 135 y ss.

¹⁶⁵ William BLACKSTONE: Ob. Cit., pág. 90.

¹⁶⁶ En similar sentido, al sostener que la democracia es el principio legitimador de la Constitución española, ARAGÓN REYES afirma que lo es no sólo porque emane democráticamente, sino, sobre todo, porque el Estado que organiza es un Estado que asegura la democracia, es decir, un Estado en que la atribución de la soberanía al pueblo no sólo está declarada, sino garantizada a través de determinadas cláusulas constitucionales que permiten a ese pueblo seguir siendo soberano, permanecer como un pueblo de hombres libres e iguales en su libertad. Véase Manuel ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Ob. Cit., pág. 42.

¹⁶⁷ Como bien indica FERRERES, la rigidez constitucional en materia de derechos, es decir, el establecimiento en la materia de un procedimiento diferenciado y agravado en relación al previsto ordinariamente para la adopción de decisiones colectivas en una comunidad política, que implica a la vez estabilidad y «reformabilidad», puede cuestionarse tanto por excesiva –por sustraer el asunto de la decisión mayoritaria simple– como por resultar insuficiente –por posibilitar su eliminación siendo que resultan por su naturaleza cuestiones no transables–. Véase Víctor FERRERES COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, Ob. Cit., pág. 29.

refiere a su desarrollo o especificación -en cuyo caso la legitimidad estrictamente no se comprometería-, también pueden generarse casos de verdadera discrepancia con las propias bases en sustancia y no sobre su mejor realización -legitimidad o ilegitimidad en el contenido-.

Admitida esta última posibilidad, sobre un postulado axiomático y abstracto de libertad e igualdad del ser humano, se entabla un dilema entre la legitimidad de forma o de contenido que entiendo no se resuelve definitivamente. Deben distinguirse los dos planos para referir al fenómeno de la legitimidad y opinar a su respecto, de lo contrario uno termina condenado a la circularidad. La tesis de la petrificación brega por eliminar la posibilidad de autodestrucción del sistema y al hacerlo sacrifica la legitimidad formal. La tesis de la «reformabilidad», por el contrario, pone en juego la legitimidad sustancial.

La defensa de las cláusulas de eternidad se asienta en la pretensión de preservación de los pilares del sistema, pero desde que estos son necesariamente abstractos indefectiblemente algún órgano oficial con cierta discrecionalidad debe pronunciarse sobre las eventuales modificaciones ilegítimas de los aspectos intangibles. Tratándose de cuestiones opinables en su concretización, nuevamente el componente institucional y la búsqueda del mejor instrumento para la toma de decisiones aparecen en escena. No visualizo mayores problemas del esquema de petrificación en contextos de consenso sobre presupuestos muy abstractos como la libertad, la igualdad o la dignidad del ser humano. Tampoco encuentro dificultades para preferir la solución opuesta. En todo caso resulta algo bastante trivial, si la convicción colectiva sobre los pilares de la Constitución desaparece, tanto la forma como el contenido caen por su propio peso.

Independientemente de ello, definitivamente la reforma se justifica y con asequibilidad para el desarrollo de los detalles, allí donde los desacuerdos emergen a partir de acuerdos más abstractos. Reconocido un trazado básico y compartido de las cuestiones de derechos con generalidad y sus lazos con la noción de democracia, el problema aflora en su faceta instrumental con la necesidad de precisar quién define su compleja especificación y conforme a qué procedimientos. No es suficiente con una teoría adecuada de la justicia sino que debe elaborarse también una adecuada teoría de la autoridad para aportar una respuesta apropiada al problema¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Víctor FERRERES COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, Ob. Cit., págs. 175 y 176.

La propuesta de resolución mayoritaria simple por el Parlamento, ante la encrucijada, podría recobrar fuerza. ¿Cuáles son las alternativas? ¿Es mejor diferenciar por contenidos y resolver estas cuestiones por mayorías especiales? ¿Es mejor tomar estas decisiones a través de otros órganos?

El argumento decisivo de los impulsores de la regla mayoritaria simple es la igualdad en el respeto de los individuos y sus posiciones al atribuírseles igualdad en el poder de voto. Se repudia así el privilegio de una minoría que forzosamente se genera de implementarse como criterio el de una mayoría cualificada.

Considero que existen importantes factores que tal posición desconsidera y que en buena medida contrarrestan el argumento referido. No es inusual que en función de otros propósitos, entre ellos, asegurar una fuerza mínima de todas las posturas de modo de propender a su consideración real, se opte por procedimientos que alteren la pureza en el poder de voto en determinados casos. Tanto en la elección de representantes, ello es muy claro en virtud de la descentralización territorial y su representación¹⁶⁹; cuanto en la decisión de asuntos políticos, estableciéndose mayorías especiales para la sanción de actos jurídicos que versen sobre determinadas materias -por ejemplo, la electoral-.

En este último caso el fundamento es evidente y consiste en la primacía de intereses parciales que subyacen en la «política» como *pactum subiectionis* -como la carrera por el poder-, por oposición a la «política» como *pactum societatis*¹⁷⁰. Por razones de gobernabilidad es esperable que en condiciones de normalidad se conforme un bloque de gobierno y por descarte otro de oposición -ello es todavía más pronunciado en sistemas bipartidistas-. No es razonable, por tanto, que se confiera a uno de los bloques el poder de decisión sobre las reglas de juego, en un marco de intereses por definición contrapuestos y de disputa del poder.

Ante la extraordinaria posibilidad de alcanzar unanimidades, la mayoría cualificada, aunque no desprovista de defectos -además de la desigualdad, por la eventual afectación de minorías menores-, es en un escenario como el planteado una solución más

¹⁶⁹ A modo de ejemplo, puede mencionarse el sistema de elección de los miembros del Senado en España -un particular Estado «autonómico»-. Incluso en Uruguay, un Estado unitario, el artículo 88 inciso tercero de la Constitución establece un mínimo asegurado de dos escaños de Representante por Departamento (independientemente de su población) -así se denomina a ciertas unidades territoriales moderadamente descentralizadas-.

¹⁷⁰ Gustavo ZAGREBELSKY: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pág. 39. «Al *pactum societatis* corresponde la política como actitud dirigida a facilitar la convivencia, la unión o, como dice Aristóteles, la amistad. Al *pactum subiectionis* corresponde al idea de la política como competición entre las partes, lucha por imponerse que tiene al gobierno como objeto disputado».

aconsejable que la mayoritaria simple. Debe recordarse que no necesariamente es ésta el único antídoto, podrían intentarse soluciones de agravamiento que permitirían con relativa eficacia evitar abusos circunstanciales sin quebrar la igualdad del poder de voto. Cabe reiterar que la específica crítica «contramayoritaria» que aquí se expuso no objeta procedimientos agravados basados en la regla de la mayoría simple.

Sin embargo, el nivel de desconfianza y el temor a la «tiranía de la mayoría», incluso en materia de derechos que idealmente le son resistentes, no es igual en todos los casos, la fundamentación requiere de mayor robustez. La tesis kelseniana de que en relación con algunas cuestiones fundamentales no podrían adoptarse decisiones sin el consentimiento de las minorías como forma de protección ante los abusos mayoritarios¹⁷¹, que instrumentalmente puede determinarse por la exigencia de mayorías especiales, requiere de puntualizaciones.

No obstante la posibilidad de articular los derechos en forma más o menos directa como precondiciones de la democracia, la incidencia de un contexto de disputa por el poder -que siempre subyace- parecer ser menos intensa en los casos que no refieren directamente a los derechos políticos y su desarrollo. No pretendo con esto postular que únicamente en estos casos se justifique alguna mayoría especial, sino que algunos supuestos son más evidentes que otros y que la fundamentación basada en los problemas del juego político debe en dichos casos ser más sofisticada y complementarse.

Por su parte, no es cierto que el criterio de la mayoría cualificada permita tutelar mejor a las minorías sino a determinadas minorías de ciertas características cuantitativas¹⁷². La minoría inferior al umbral de adhesiones del que puede prescindirse para adoptar una resolución siempre podrá terminar siendo desconsiderada y ello conceptualmente no cambia según se exijan mayorías simples o especiales. El riesgo de avasallamiento en sistemas que exigen mayorías especiales es en sustancia equiparable, aunque en términos relativos divergente, al que se genera respecto de minorías de mayor magnitud bajo sistemas de mayorías simple¹⁷³. Aun así, dependiendo de la configuración política de la comunidad el nivel de protección de las minorías –o al menos de ciertas minorías- en términos reales puede y tiende a ser efectivamente en ciertos casos mayor acudiendo a una mayoría especial.

¹⁷¹ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, pág., 143 y 152.

¹⁷² Véase Juan Carlos BAYÓN: “Derechos, democracia y Constitución”, en Ob. Cit., pág. 219.

¹⁷³ En el mismo sentido Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., pág. 300.

En contextos en los que es menos intenso el componente de «política partidaria», no puede tan fácilmente remitirse a la amenaza del exceso mayoritario para sustentar una alteración de la igualdad en el poder de voto para favorecer en ciertos casos a la minoría. Las razones del establecimiento de mayorías especiales deben encontrarse en otras bondades del criterio, que asociadas al ideal del coto vedado, conformen una alternativa consistente.

Si puede llegar a ser bueno que en determinadas cuestiones la minoría tenga peso adicional para el mejor funcionamiento del sistema, que como se verá es posible argumentar, es razonable que se aspire a que sean los consensos que existen sobre los derechos como bienes necesarios para cualquier plan de vida¹⁷⁴, los que requieran de un consentimiento más generalizado.

Retomando el análisis de los procedimientos mayoritarios agravados, debe además tenerse presente, aunque no se trata de un argumento decisivo, que la desigualdad de poder de voto en dichos casos no se quiebra en cualquier sentido sino que lo hace por defecto o como «default position»¹⁷⁵ a favor del *status quo*. Ello hace que el desbalance sea algo menos grave de lo que parece, pues el estado de cosas normativo que puede asegurar la minoría mediante su poder reforzado es el que determinó su derrota.

En cualquier caso, las razones que justifican mayorías cualificadas, que tienden a ser relevantes para contar con el consentimiento de representantes de un mayor número de ideologías, debe mirarse en un sentido positivo. Más como un instrumento para integrar en la decisión la mayor cantidad de voluntades e intereses posibles¹⁷⁶, como una aproximación al consenso en un camino de acuerdos y no en un único paso, que como una protección de las minorías. Dependiendo de la materia y de la configuración del mapa político puede, además, más o menos eficazmente operar como freno ante las ofensas de una «tirana» o «desbocada» mayoría.

Si se prescinde de considerar decisiones aisladas para ponderar las ventajas de los diferentes métodos y se parte de un marco determinado por la necesidad de adoptar

¹⁷⁴ Ernesto GARZÓN VALDÉS: “Algo más acerca del «coto vedado», en *Revista DOXA*, número 6, 1989, pág. 209.

¹⁷⁵ Conforme la terminología de MORENO. Véase Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., pág. 299.

¹⁷⁶ Sobre la Constitución como instrumento de integración véase Rudolf SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Original en alemán de 1928. Véase también Reinhold ZIPPELIUS: *Teoría General del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Doctrinales, número 82, UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1057>, ISBN 968-837-479-2, primera edición de 1985, págs. 56 y 57.

numerosas decisiones a lo largo de un tiempo, el panorama cambia. Así, si se requiere para resolver en ciertos casos de mayorías simples y en otros excepcionales de mayorías especiales, el entramado conduce a asegurar el ideal democrático de que todos los intereses en cuestión sean efectivamente contrapuestos y valorados. Contemplándose así, en lo posible, los puntos de vista de la comunidad toda y limitándose la tentación a actuar conforme a los intereses parciales de la mayoría gobernante de turno. Ante la necesidad de contar con consentimientos de la oposición en determinados casos, se estimula un respeto general de sus posiciones en todos los casos restantes, pues sólo así podrán razonablemente negociarse sus adhesiones cuando ellas resulten necesarias. La desigualdad formal del poder de voto en determinados supuestos sería el precio de la búsqueda de la igualdad material en el respeto de las opiniones y de una mayor imparcialidad en la definición del bien común.

No es el propósito de este apartado sugerir una fórmula concreta de procedimientos ordinarios o extraordinarios de decisión colectiva, de creación de legislación y de Constitución¹⁷⁷, sino plantear dos puntos principales que entiendo no tienen lo suficientemente en cuenta los críticos de la dualidad que postulan la universalización de la regla mayoritaria simple:

(i) que de la crítica al criterio de las mayorías especiales no se sigue una crítica a la distinción entre Constitución y ley, sino a los mecanismos de reforma constitucional que se basan en el método cuestionado¹⁷⁸; y

(ii) que, sin que ello implique un pronunciamiento a su favor, lo cierto es que aún la técnica de las mayorías cualificadas tiene aspectos que deben destacarse como contrapesos de la desigualdad en el poder de voto. Dicha modalidad, inserta en un sistema de resolución ordinaria mayoritaria, a partir de una concepción de la democracia representativa en el que la regla mayoritaria simple se conciba como una última *ratio* ante la imposibilidad de acuerdos luego de una genuina gestión a su favor, presenta ventajas deliberativas, en tanto conduce a tomar todos los intereses en cuenta con mayor imparcialidad. El método contribuye a valorar todas las posiciones con mayor seriedad y empatía, considerado el sistema en su conjunto en vez de analizar el fenómeno a partir de decisiones colectivas aisladas. Ello sin perjuicio de una ventaja adicional relativa, de

¹⁷⁷ Véase un interesante planteo normativo sobre el procedimiento de producción de normas constitucionales en Jon ELSTER: “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Jon ELSTER (compilador), *La democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 153.

¹⁷⁸ Francisco LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob.Cit., pág. 467.

aproximación al consenso, determinada por la cantidad de voluntades directamente integradas en la decisión adoptada.

Es bastante intuitivo que determinadas situaciones por sus particularidades requieran un tratamiento extraordinario. El problema del cuestionamiento sobre la forma de estampar el rótulo de extraordinario parece sortearse si se admite un cierto consenso intergeneracional y en buena medida global sobre la identificación de los grandes temas constitucionales que se reconocen como base de los sistemas, aunque se pueda discrepar sobre sus fronteras. Tal sustento explica la efectiva tendencia a contener dichos asuntos y no otros en las Constituciones formales.

Para lograrlo no necesariamente debe prescindirse del Parlamento o de la regla de la mayoría simple, en forma conjunta o independiente, aunque se demostró que también otros caminos tienen considerables ventajas. En cualquier caso, la diferencia entre actos debe tender a realizarse de tal forma que las manifestaciones constitucionales sean las más intensamente atribuibles a la comunidad en su conjunto.

La «constitucionalización» cobra singular significación si se establece en función de un procedimiento especialmente deliberativo y más consistente a partir de las premisas igualitarias y liberales que sustentan la democracia -o una versión de la democracia, que es además representativa y de partidos-¹⁷⁹. En otras palabras, el ideal propuesto no es únicamente el atrincheramiento de derechos exclusivamente por razones de estabilidad. La optimización del sistema a su vez requiere que el mecanismo que la genera opere como limitación de un poder ejercido por sujetos diferentes de sus titulares y apunte a causar una deliberación más acabada, imparcial e inclusiva que la derivada del procedimiento ordinario. También interesa evitar un funcionamiento de la democracia representativa -en su versión ordinaria- bajo el esquema en el que el «ganador se lo lleva todo» (*winner take all*)¹⁸⁰.

Por otra parte, ese procedimiento constitucional posibilita establecer con abstracción los consensos sobre derechos y eventualmente opera como réplica final para su especificación, en casos excepcionales de disputas no resueltas mediante el diálogo procesado a través de los mecanismos de legislación y control jurisdiccional de

¹⁷⁹ Como sostiene CASSINELLI al analizar los distintos actos jurídicos y su jerarquía en el ordenamiento jurídico uruguayo, existe -o, preciso, es la intención que exista- un correlato entre el rango de las normas y la legitimidad democrática involucrada en su elaboración. Véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., págs. 36 y 37.

¹⁸⁰ John Hart ELY: Ob. Cit., págs. 77 y 78. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 228.

constitucionalidad de las leyes¹⁸¹. Aunque cabe un análisis mucho más profundo, en el que es fundamental considerar los «grados» de rigidez, en estos últimos casos parecería conveniente al menos considerar una determinada eficacia temporal para evitar el excesivo constreñimiento mediante una solución que se supone será de detalle. De esa forma, las críticas de peso al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, que se analizarán en el subcapítulo siguiente, encuentran una respuesta a mi modo de ver satisfactoria.

La objeción democrática al «constitucionalismo» basada en el problema de los desacuerdos no es a mi juicio lo suficientemente fuerte como para superar sus ventajas, pero sí lo es para sugerir una versión más atenuada, que preste mayor atención a las bondades deliberativas de los procedimientos de creación constitucional y las posibilidades efectivas de reforma¹⁸².

En suma, no cabe duda de que la propuesta de universalización de la regla de la mayoría simple, empleada por un Parlamento democrático para la adopción de cualquier decisión general, atribuible y aplicable a la comunidad, tiene a su favor asegurar la igualdad formal en el poder de voto. Sin embargo, y sin perjuicio de la existencia de otras soluciones que pueden favorecer otros aspectos deseables, de ello no se sigue que deba resignarse a un procedimiento diferenciado para el tratamiento de los derechos. El agravamiento procedimental se justifica en tutela de la preservación de la propia democracia –por blindarse sus precondiciones–, que puede incluso culminar en un pronunciamiento mayoritario simple, pero exigiendo otros requisitos para propender a una deliberación especialmente profunda, con participación amplificada, meditada e imparcial sobre cuestiones comúnmente consideradas como de mayor relevancia.

Por último, las bondades antes referidas de la resolución parlamentaria mayoritaria y simple, que en los modelos de la distinción reviste la legislación ordinaria y llevan a que

¹⁸¹ RUBIO LLORENTE, en esta línea, afirma lo siguiente: «que el poder de reforma ha pasado de ser una institución de dudosa legitimidad democrática, a una institución cuya existencia es indispensable para dotar de legitimidad al control judicial de constitucionalidad». «Sólo la posibilidad de que los órganos representativos, o el pueblo mismo, tengan en sus manos el poder de reformar la Constitución para invalidar la interpretación que han hecho de ella, permite conciliar el poder de los jueces con el principio democrático. O más precisamente, no declararlo resueltamente incompatible con él porque aunque la tensión entre jurisdicción constitucional y principio democrático es permanente, insuperable, es soportable cuando la configuración de la institución se reduce al mínimo; o dicho de otro modo, cuando esta configuración se hace de modo que el juez interfiera lo menos posible con el poder de los órganos directamente legitimados por la elección popular». FRANCISCO RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 135.

¹⁸² FRANCISCO LAPORTA: “El ámbito de la Constitución”, en Ob.Cit., págs. 482 y 483.

se le reconozca una especial dignidad¹⁸³, deben tomarse como un dato relevante en el funcionamiento de la democracia constitucional. No puede pasar desapercibido en la fundamentación del sistema institucional constituido y, consecuentemente, en lo que aquí principalmente interesa, es de atención imprescindible para el estudio de la aplicación jurisdiccional de la Constitución y de la ley.

b. Sobre la pretendida superioridad del Parlamento sobre órganos jurisdiccionales para resolver sobre derechos. Crítica al control jurisdiccional de constitucionalidad.

Una vez que se parte de un modelo de distinción entre Constitución y ley desde una perspectiva formal, sustentable a partir de premisas democráticas en su conformación, y que determinan una protección de Cartas de Derechos abiertas, se impone seguir indagando por la senda de una teoría de la autoridad. Inmediatamente se presenta el problema sobre la especificación de esos derechos y los órganos estatales con mayor legitimación o en mejores condiciones funcionales para llevarla a cabo. ¿Cómo se actualiza la Constitución regularmente? ¿Cómo se aplica entre las excepcionales creaciones o reformas?

El cuestionamiento se dirige ahora a la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes aprobadas por Parlamentos democráticos y destacadamente representativos de la comunidad política. En buena medida, se reconduce el problema a la dificultad contra-mayoritaria en un sentido estricto, según la terminología originalmente planteada por BICKEL¹⁸⁴. Dicho autor sostiene que no es correcta la tesis de HAMILTON plasmada en «El Federalista» número 78 de que el control judicial no implica una superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo, sino que los jueces hacen valer el poder del Pueblo que es superior a ambos. Afirma que ello no es más que una abstracción, un misticismo, que oscurece el hecho de que cuando la Suprema Corte de Justicia declara una ley inconstitucional no realiza su control en representación de la mayoría predominante sino en su contra¹⁸⁵.

¹⁸³ Por muchos, véase Vítor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 37 y ss.

¹⁸⁴ Alexander BICKEL: Ob. Cit., pág. 16. Véase también John Hart ELY: Ob. Cit., pág. 23; Claudina ORUNESU: Ob. Cit. pág. 191.

¹⁸⁵ Alexander BICKEL: Ob. Cit., págs. 16 y 17.

Al valorar las dimensiones de la crítica, FERRERES resume las tres circunstancias que dan lugar y determinan en diferente medida el peso de la dificultad contramayoritaria enfocada al control de constitucionalidad, a saber: (i) la menor legitimidad democrática de origen -los jueces constitucionales no son elegidos por sufragio universal-, ii) la rigidez de la Constitución y iii) el carácter controversial de la Constitución¹⁸⁶. Con acierto señala que dependiendo de la calibración de las variables la crítica puede ser más o menos fuerte¹⁸⁷.

Debe apuntarse que la objeción original se formula en el escenario más radical derivado de las combinaciones posibles, pues se erige contra el sistema estadounidense en el que (a) los jueces de la Suprema Corte de Justicia son indirectamente designados y ejercen su función en forma vitalicia -que, en una compleja disyuntiva, puede asegurar mejor su independencia pero disminuye su dosis de representatividad-, (b) existe una fuerte rigidez constitucional y (c) la Constitución contiene una Carta de Derechos particularmente abstractos que determina una considerable discrecionalidad en su interpretación.

La falta de legitimidad de origen y, cabe agregar, de representación plural de intereses que caracteriza a los jueces -sean parte del Poder Judicial o de Tribunales Constitucionales- en comparación con los Parlamentos, es la base del problema democrático ahora replanteado¹⁸⁸. La situación es especialmente delicada si se tiene en cuenta que se les atribuye la última palabra en la aplicación de la Constitución, que se agrava ante la circunstancia de la indeterminación derivada de su carácter político y

¹⁸⁶ Los elementos incluidos en los últimos puntos -(ii) y (iii)-, respectivamente rigidez y carácter controversial de la Constitución, se corresponden con la rigidez y apertura a las que RUBIO LLORENTE alude bajo una relación de condicionamiento recíproco. Francisco RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 137.

¹⁸⁷ Vítor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 43 y ss. Así, a modo de ejemplo, si la Constitución en cuestión es muy rígida -esto es, de muy dificultosa reformabilidad- la objeción es más fuerte que ante un mecanismo de reforma relativamente asequible, pues la potestad que se confiere a los jueces sería menos impactante por resultar la modificación una efectiva réplica ante eventuales excesos o desaciertos. Algo similar podría decirse en relación con la legitimidad de origen, pues si los jueces fuesen electos por sufragio universal, o designados y removidos periódicamente por órganos representativos, más allá de cualquier otro inconveniente de las soluciones, lo cierto es que se atenuaría el peso de la crítica. También el grado de indeterminación de las cláusulas constitucionales es sin dudas relevante a estos efectos, pero no cabe explayarse sobre el punto en esta nota al pie, puesto que por constituir un elemento de mayor importancia para el desarrollo de esta tesis se analizará en el texto principal.

¹⁸⁸ John Hart ELY: Ob. Cit., pág. 23.

axiología¹⁸⁹ de las normas Constitucionales, puntualmente, por la inclusión de un catálogo de derechos formulados con abstracción.

Si las disposiciones constitucionales fuesen todas extremadamente concretas y no presentasen mayormente dificultades interpretativas, no se cuestionaría la legitimidad de origen o la representatividad, pues para el ejercicio de una función que sería en cierta medida «lineal»¹⁹⁰ en principio no se requeriría singular sustento democrático o plural. Se reedita así, en similar medida, la clásica discusión sobre la naturaleza más o menos «política» o «jurídica» de la justicia constitucional y su ubicación institucional, que en Europa abocó la atención y despertó la polémica entre SCHMITT y Kelsen, dos de los más destacados juristas de la primera mitad del siglo XX¹⁹¹.

Si bien no puede dejar de reconocerse que en las Constituciones el problema se presenta con mayor grado, máxime si se parte de Cartas que contienen una enunciación de derechos «abierta», similar reproche de «legitimidad» cabe contra el ejercicio de la función jurisdiccional con carácter general. Especialmente ante disposiciones legales deliberadamente abiertas -vaya que las hay, por mencionar algunas, las que refieren a la «diligencia», «razonabilidad», «buena fe»- o patológicamente imprecisas. La interpretación ofrece en la inmensa mayoría de los casos una enorme versatilidad al juez.

El temor de que los órganos jurisdiccionales en la fase de aplicación de normas generales y de creación concreta de una norma para el caso -a través de la sentencia-, por vía de la interpretación terminen excediéndose y birlando la normativa preestablecida no ocurre monopólicamente en materia constitucional¹⁹². Se trata en el fondo a una crítica a la función jurisdiccional toda, destacada en la especie por la singular vaguedad que facilita la movilidad de quien juzga, que denota una preferencia por un juez de poder en cierto modo nulo, según la clásica expresión de

¹⁸⁹ Entre otros, véase, Raúl CANOSA USERA: *Interpretación de la Constitución y fórmula política*, Ob. Cit., págs. 120 y 133.

¹⁹⁰ Cabe aquí matizar la apreciación, pues pese a la existencia de un mayor o menor margen para adoptar resoluciones jurisdiccionales, la tarea no es en verdad «lineal». Se utiliza la expresión en forma algo exagerada para resaltar la diferencia que se aspira hacer notar. Véase al respecto Otto BACHOF: Ob. Cit., pág. 24 o, desde una perspectiva más explícitamente interpretativa, Giovanni TARELLO: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pág. 407.

¹⁹¹ Véanse los contrapuestos artículos de ambos autores en Carl SCHMITT y Hans Kelsen: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, España, 2009. Véase también Nicolás ZANON: “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. V, 1989, págs. 177 a 189. Gustavo ZAGREBELSKY: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2014, págs. 305 y ss.

¹⁹² Véase una crítica similar en Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág.164.

MONTESQUIEU¹⁹³. Obsérvese que si la Constitución fuese concisa y determinante en sus disposiciones podrían formularse críticas como las previamente establecidas sobre la base de la igualdad o los desacuerdos, dirigidas a la configuración de un proceso agravado diverso del legislativo ordinario, pero carecería de sentido centrar el ataque en el control judicial de constitucionalidad.

Son a mi modo de ver dos las cuestiones centrales que deben discutirse, vale reiterar, en lo que refiere puntualmente al control de constitucionalidad de disposiciones constitucionales materiales y abiertas. Por un lado, justamente en la línea referida, el propio alcance de la Constitución. La conveniencia de la inclusión de cláusulas materiales y de la formulación más o menos abierta de dichas disposiciones - Constitución abierta por oposición a Constitución de detalle-. Por otro lado, en un contexto de relativo desacuerdo sobre cuestiones de moralidad política y en un marco textual que otorga considerable discrecionalidad al operador, si es aconsejable conferir potestad para resolver sobre derechos a órganos jurisdiccionales o si son mejores otras soluciones.

i. La Constitución abierta de los derechos y la Constitución cerrada.

Con antelación se han distinguido modelos de Constituciones formales, supremas y normativas según su alcance, atendiendo al tipo de normas que pueden contener y sus destinatarios (*infra* 2.2). Se destacó así el cambio significativo que implicó en la delimitación de la función jurisdiccional, indicándose, tanto allí como en el presente capítulo, que el centro de la división consiste en la materialización, en la inclusión de derechos justiciables por los individuos formulados por lo general con abstracción. La implementación de esa particular forma de consagración, trae aparejada «indeterminación»¹⁹⁴ y discrecionalidad en la interpretación. Se intentó fundamentar

¹⁹³ MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, Librería general de Vitoriano Suárez, Madrid, 1906, Libro XI, Capítulo VI, pág. 233.

¹⁹⁴ En puridad el problema consiste en la dificultad en los casos limítrofes, en la «zona de penumbra» pues pueden existir normas muy abstractas, que admitan muchas alternativas claras dentro de ciertos límites que, incluso, puede que sean también en principio claros. La abstracción no necesariamente conlleva indeterminación, pueden existir normas abstractas precisas si los límites son absolutamente pacíficos en la comunidad en cuestión, pero en general es cierto que existe una tendencia a la apertura y con ella a la discrecionalidad. Como se verá, esa discrecionalidad derivada de la apertura constitucional favorece en los sistemas constitucionales imperantes al legislador y no al juez que controla su ejercicio. Si bien ello es cierto, también lo es que en la fijación de los límites el juez tiene incluso sustancialmente la última palabra y que cuando ellos no son claros la distinción deviene bastante borrosa. Sobre este tema se insistirá en los capítulos III, IV y V.

que, aunque sea conveniente habilitar mecanismos agravados pero asequibles y reforzadamente democráticos de reforma, tiene sentido que los derechos se incluyan en Constituciones formales. Ahora bien, por qué no hacerlo de forma más específica para evitar empoderar exageradamente a órganos jurisdiccionales -elitistas- de moderado valor democrático -al menos comparativamente-.

Es precisamente la mencionada la tesitura de Kelsen, quien al constatar la inclusión de cláusulas abiertas sobre derechos, todavía en la fase europea de Cartas como parámetro de validez legislativa, alertó que no pueden interpretarse las disposiciones de la Constitución imprecisas que refieren a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, entre otras, como directivas relativas al contenido de las leyes. En ese sentido, sostuvo que considerarlo así conduce a que el Tribunal Constitucional -debe aquí leerse, el juez constitucional- pueda de manera más o menos arbitraria desplazar al Parlamento y sustituir su máxima representatividad por otra que responde a fuerzas muy distintas. En suma, alertó que la Constitución debería abstenerse de fraseología y sentar con precisión las normas que refieren al contenido de las leyes¹⁹⁵.

Además de la «Constitución de detalle», que no reniega de la inclusión de un catálogo de derechos pero que sugiere que su enunciación sea taxativa, concreta y precisa; cabe también incluir dentro del género de las «Constituciones cerradas» a las «procedimentales»¹⁹⁶. Estas últimas aspiran a regular en el campo de los derechos exclusivamente a los políticos y, fundamentalmente, al derecho de participación. También deben incluirse en dicha categoría las concepciones que aún ante la inclusión de contenidos materiales más amplios sugieren su interpretación enfocada a la satisfacción de los derechos políticos, si se quiere, realizada desde una forma procesal de gobierno¹⁹⁷. En definitiva de esa manera también se prescinde de la consideración de los derechos sustanciales como tales.

De todas formas, en tanto previamente se argumentó que los derechos como precondiciones de la democracia no se agotan en los procedimentales o políticos -que por cierto lejos están de no ser controvertidos¹⁹⁸- y que, además, los valores que

¹⁹⁵ Hans Kelsen: “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988, págs.142 y 143. Véase también Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 82; y Marisa IGLESIAS VILA: “Los conceptos esencialmente controvertidos”, en *Revista DOXA*, número 23, 2000, pág. 77.

¹⁹⁶ Gema MARCILLA CÓRDOBA: Ob. Cit. págs. 232 y siguientes.

¹⁹⁷ Como con anterioridad se ha planteado, una propuesta de este tipo es formulada por ELY. Véase John Hart ELY: Ob. Cit., págs. 88 y ss.

¹⁹⁸ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 64 y 64.

sustentan el procedimiento democrático merecen por sí mismos igual destaque y protección que sus derivados más específicos, cabe detenerse ahora principalmente en el estudio de la conveniencia o no de las «Constituciones de detalle».

Las virtudes y defectos de que los derechos se consignent en forma específica son notorios. A la vez que se evita que la apertura desemboque en una temida discrecionalidad judicial se evita también la consideración legislativa, restringiendo sus márgenes de actuación y congelando soluciones.

Como se indicó previamente, las Constituciones formales tienen por vocación cierta estabilidad, como nota de conservación del sistema democrático y sus fundamentos, y los consensos sociales con ella relacionados -o sus aproximaciones posibles- son más comunes en relación con sus grandes rasgos que con la especificación de sus límites. De ello parece seguirse la mayor probabilidad de que en una comunidad plural se reflejen en la Constitución esos grandes acuerdos y a ello parece deberse la tendencia a las formulaciones abstractas.

Sin embargo, también es claro que cláusulas más específicas, como, por ejemplo, algunas que refieren a la detención de individuos¹⁹⁹, generan un respaldo tan significativo como las más generales, pues incluso bajo un pluralismo pueden existir acuerdos sobre puntos concretos. En la misma línea, se justificaría su inclusión en las Cartas formales.

En contraposición con el temor a los excesos de los órganos jurisdiccionales en la concretización de disposiciones constitucionales abstractas, puede invocarse como argumento a su favor, aunque redirigido, el de la «tiranía del pasado». Con la sustracción del punto de la decisión democrática parlamentaria ordinaria, se compele al Parlamento por una decisión previa de relativamente difícil modificación. Es dable aquí remitir a la objeción de JEFFERSON y PAINE, al problema previamente analizado de los vivos, los muertos y sus decisiones. Del mismo modo, puede justificarse la Constitución formal abierta ante la posibilidad de omisiones del ideal de los derechos o de inclusiones de contenidos ajenos a éste, desde su propia configuración o ante modificaciones de concepciones del bien por el transcurso del tiempo, así como por la

¹⁹⁹ Tómense como ejemplos el artículo 15 de la Constitución uruguaya y el artículo 17.3 de la Constitución española. Es cierto que en el caso mencionado pueden plantearse no pocas dudas interpretativas, pero ello es en cierto punto inevitable respecto de cualquier disposición general –no sólo de las constitucionales-. Me parece claro que una norma que refiere a que se informe a los sujetos detenidos de sus derechos, que no se los obligue a declarar y que les garantice la asistencia de un abogado es más específica que una que, por ejemplo, establece que se garantiza el derecho al honor (artículo 18.1 de la Constitución española).

necesidad de conferir un marco relativamente amplio para albergar matices y diálogos propios de una sociedad plural²⁰⁰.

Pero es necesario poner en tela de juicio el propio corazón de la crítica a la abstracción de las disposiciones de derechos constitucionales, contra la tendencia a la mayor discrecionalidad jurisdiccional que me parece crucial, pues no necesariamente es ella repudiable. Por el contrario, aporta una perspectiva para nada desdeñable. Una vez que las normas legales en cuestión -en principio, generales y abstractas²⁰¹- se ponen en práctica e impactan en la vida de individuos de carne y hueso²⁰², la función jurisdiccional entra en juego. Se genera así un especial punto de vista del juez, en función de los problemas concretos que se le presentan y debe resolver²⁰³, que no se explotaría adecuadamente sin cierta discrecionalidad marginal. Los jueces resuelven casos puntuales.

Es cierto que el argumento no es procedente ante un control abstracto de actos legislativos, como lo es, por ejemplo, el «recurso de constitucionalidad» establecido en el artículo 161 numeral 1 literal a de la Constitución española, que se justifica sobre otras bases. De todas formas, su peso ha mermado significativamente en relación con la cuestión de inconstitucionalidad²⁰⁴ -artículo 163 de la Constitución española-, que por definición parte de un procedimiento judicial, es decir, de un caso concreto existente y sometido a la decisión de un magistrado. En dicho supuesto definitivamente se genera la singular perspectiva antes referida.

Es verdaderamente complejo realizar un balance adecuado de los argumentos, principalmente por la existencia de factores y variantes institucionales que concurren y que, según su combinación, los moderan o refuerzan. Cada escenario posible requeriría

²⁰⁰ Para un desarrollo de estos argumentos en contra de la Constitución de detalle, algunas críticas y objeciones véase Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 101 y ss. 110 y ss. y 124 y ss.

²⁰¹ Pues con la «crisis de la ley» dichas características devinieron relativas. Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006, págs. 39 a 45, Gema MARCILLA CÓRDOBA: Ob. Cit., págs. 155 y ss.

²⁰² El término acuñado por Miguel de UNAMUNO en su obra *Del sentimiento trágico de la vida*, Capítulo I y utilizado también en inglés (*meat and flesh*) por BICKEL. Véase Alexander BICKEL: Ob. Cit., pág. 25.

²⁰³ Pese a su contundente crítica al control jurisdiccional de constitucionalidad -nada menos que la dificultad mayoritaria-, BICKEL plantea como argumento atendible a su favor el de la particular y privilegiada perspectiva del juez a partir del caso concreto sometido a su consideración. Alexander BICKEL: Ob. Cit., pág. 25. En una tesis todavía más fuerte ZAGREBELSKY afirma que a falta de juez como tercero imparcial ajeno a los intereses en juego directamente no hay derecho. Gustavo ZAGREBELSKY: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Ob. Cit., pág. 138.

²⁰⁴ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO: *El constitucionalismo. Separación de poderes, control de constitucionalidad de las leyes y derechos fundamentales en el proceso de formación del concepto de «Constitución»*, IVAP, Herri Arduralatitzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2001, págs. 127 a 129.

de una respuesta diferente. Sin embargo, en la senda de defensa de la distinción entre Constitución y legislación ordinaria antes delineada en democracias representativas, como modelo general deseable y pretendidamente equilibrado, debe rechazarse una Constitución puramente de detalle. Constríñe demasiado o demasiado poco al legislador y evita que el juez realice su aporte a la adecuada concretización desde las particularidades de su función, impidiendo la contribución de su visión al debate público sobre cuestiones de principio como lo son las que refieren a «derechos».

Ahora bien, debe postularse una teoría consistente de la Constitución que sin atentar contra el modelo de la rigidez, de los derechos y del control de constitucionalidad, tome nota en la fase operativa del fuerte sustento democrático que se viene demostrando encierra el acto legislativo y que adecuadamente reconozca el ámbito de desarrollo que la apertura constitucional ante todo le confiere al legislador. Se dedicarán los capítulos IV y V de la tesis a la indagación de tales límites, que son a la vez la contracara de los de los jueces, concretamente en el panorama decisivo y que aquí fundamentalmente interesa de interpretación de disposiciones constitucionales y legales.

La inclusión de cláusulas específicas o de detalle, como se insinuó, podría de todas formas justificarse como resultado de una deliberación en circunstancias más próximas a las óptimas, ante desacuerdos a partir de cláusulas más abstractas no zanjados por los mecanismos ordinarios, legislativos y jurisdiccionales. Es decir, soluciones alcanzadas luego de un «diálogo» iniciado en el Parlamento, intensificado por la perspectiva del juez constitucional y encausado, finalmente, de no considerarse superado el asunto en la comunidad, en un procedimiento de creación constitucional especialmente deliberativo, extraordinario pero plausible.

Tal engranaje parece además adecuado para despejar o combatir en lo posible los insinuados defectos de la «ajenidad» de los representantes ordinarios y de la política como *pactum subiectionis*, propiciando una instancia de *pactum societatis*.

ii. Una recapitulación orientada al problema de la última palabra. ¿Jueces, Parlamento o Poder Constituyente?

La discusión sobre la decisión final en la determinación de los derechos, sobre el portador de la «última palabra», es quizás, junto con la interpretación, la teoría de los principios, la argumentación y los problemas derivados de la internacionalización, uno

de los temas que más interés concita actualmente entre constitucionalistas, teóricos y filósofos del Derecho.

Es dable, pues, insistir en que aquí no se aspira a realizar un estudio exhaustivo del problema, sería sencillamente imposible. Implicaría presentar una teoría prescriptiva sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Interno, sobre el poder constituyente y de reforma, sobre la legislación y el control jurisdiccional de las leyes.

Omitiendo por razones de objeto la significativa incidencia de los derechos de fuente internacional, se pretende a partir de una reflexión tímida sobre los otros puntos mencionados continuar esbozando una justificación del sistema de la distinción entre Constitución y ley como actos jurídicos formal y jerárquicamente diferenciados. Se aspira sobre bases consistentes analizar el problema de la interpretación jurisdiccional de disposiciones de ambos tipos, ante la posibilidad evidente de superposición en la regulación, derivada del alcance material y abstracto de las cartas de derechos contenidas en las Constituciones.

Buena parte de las razones que conducen a la fundamentación que entiendo más convincente sobre el constitucionalismo se fueron enunciando al criticar otras facetas de la objeción democrática, cabe entonces reformularlas en términos de argumentación sobre la «última palabra». Se ha adelantado que la respuesta es en verdad compleja y comprende varios pasos que culminan con una posibilidad de reforma a través de un procedimiento poderosamente deliberativo y superior al ordinario, que se ubique lo más aproximadamente posible a un contexto de *pactum societatis*.

En el sentido indicado, merece suscripción la afirmación de RUBIO LLORENTE de que el poder de reforma devino en una institución cuya existencia es indispensable para dotar de legitimidad al control de constitucionalidad²⁰⁵. Si no existiese esa instancia y la disyuntiva fuese a secas entre el Parlamento y los jueces, los argumentos de representatividad, pluralismo razonable y el reconocimiento de desacuerdos en la especificación de derechos abstractos, tornaría mucho más difícil admitir el papel definitivo ordinario de los jueces.

En la medida en que la «última palabra» en un sentido material la tenga el Poder Constituyente -idealmente con un involucramiento fuerte de la comunidad toda-, el peso de las otras instancias institucionales de decisión disminuye, pero aun así conviene recapitular y completar su fundamento.

²⁰⁵ Francisco RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Ob. Cit., pág. 137.

Si la tarea del juez constitucional, principalmente en materia de «derechos», está figurativamente a medio camino entre el control jurídico y la decisión política, entonces, no es para nada descabellado considerar mejor posicionado al Poder Legislativo a efectos de decidir en estos casos. Máxime en un contexto de pluralismo y desacuerdos y considerando que existe en última instancia la posibilidad de una revisión también democrática mediante la reforma constitucional.

Sin embargo, la intervención de jueces en la interpretación decisiva de la Constitución tiene una serie de ventajas considerables, pues razonan en función de pretensiones concretas sobre la base de individuos afectados -eventualmente desconsiderados en la vía política-. La contradicción se desarrolla jurisdiccionalmente en clave de derechos -a ello se dedican-, con unas garantías procesales²⁰⁶, y con diferentes insumos, destacándose la perspectiva relevante del individuo que efectivamente en materia de derechos se considera afectado en su dignidad. Todo ello configura una mirada diversa y enriquecedora de la legislativa, puesto que los representantes razonan en clave de políticas -a eso mayormente se dedican- y con una perspectiva general²⁰⁷. La participación sistemática del Poder Legislativo en la resolución de casos individuales acaecidos atentaría contra la médula de la función legislativa y con ella contra uno de los pilares del constitucionalismo, el principio de separación o división de poderes.

A su vez, la posibilidad de que los actos legislativos resulten revisados jurisdiccionalmente supone un esfuerzo en la deliberación y en la fundamentación de las decisiones parlamentarias, y orienta también a que la función legislativa en lo pertinente- se efectúe en clave de derechos. Se enriquece así el debate público en un doble sentido. A nivel parlamentario, según viene de exponerse; y en la comunidad, ante la publicidad y relevancia de la tramitación de un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de una ley en una materia necesariamente de interés político²⁰⁸.

²⁰⁶ Mauro CAPPELLETTI: “El tribunal constitucional en el sistema político Italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 2, núm. 4, enero-abril de 1982., págs. 11 y ss., Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 87 y 88.

²⁰⁷ Véase en este sentido FULLER, citado por Enrique ALONSO GARCÍA: Ob. Cit., págs. 85 y 86.

²⁰⁸ Ronald DWORKIN: “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno Editores, Colección derecho y política, Buenos Aires, 2012, pág.101. Original en inglés, *A Matter of Principle*, 1985. También véase Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 172.

3.2. Una defensa modulada del constitucionalismo en democracias representativas.

Analizado el tema desde un enfoque estrictamente constitucional -de limitación del poder-²⁰⁹, lo cierto es que la propia idea de atrincheramiento (*entrenchment*) de una materia -cualquiera sea ésta-, consignándose que las autoridades ordinarias no pueden disponer sobre ella, encierra en sí misma un mensaje de limitación de un poder, que tiene sentido cuando es ejercido con ajenidad.

Dicha técnica se encuentra perfectamente alineada con la idea más básica de libertad de la que se nutre la propia noción material de Constitución. Desde luego, el modelo adquiere su plenitud si esos bienes que se presuponen para su diseño se explicitan bajo la forma de derechos de los individuos debidamente fundados como el sustento del sistema. De esa forma la limitación no vale únicamente como señal sino también por su específico contenido.

Sin embargo, como se mencionó, las dificultades afloran al cuestionar el sentido de limitar el poder cuando éste es ejercido democráticamente. No obstante los cuestionamientos en el plano de la propia revisión constitucional, delineados con anterioridad, aquí fundamentalmente interesa el problema de las limitaciones al poder que la Constitución formal implica respecto de los actos legislativos democráticamente sancionados.

A diferencia de lo postulado por los objetores «democráticos» del constitucionalismo, entiendo que existen ventajas considerables para una mejor concepción de la democracia en un esquema de Constitución formal y control jurisdiccional. Se respeta mejor de esta manera el ideal igualitario y liberal que la fundamenta, favoreciendo a su vez un debate público más rico que el meramente parlamentario. Toda vez que se afirma -como lo hace WALDRON-, o que se critica el método de decisión parlamentario y por regla de la mayoría simple como solución óptima, debe justificarse una determinada teoría sobre la democracia y sobre la representación política. Si bien no podría intentar formular aquí una construcción medianamente aceptable en ese sentido, entiendo que no pueden dejar de apuntarse ciertos aspectos de las democracias representativas y su funcionamiento, que son

²⁰⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 52.

menospreciadas en el cuestionamiento de la rigidez y del control de constitucionalidad²¹⁰.

No obstante toda conformación de una voluntad política adscripta a un pueblo en sentido sociológico implica una construcción ficticia, incluso en supuestos de democracia de identidad²¹¹; en los sistemas de democracia representativa -absolutamente predominantes- la distinción que se genera entre quienes ejercen y son destinatarios del poder resulta particularmente visible.

No debe perderse de vista que la representación política, dotada de legitimidad siempre que se base en elecciones libres periódicas y con sufragio universal, posee cualidades significativas. Propicia al desarrollo de la libertad de los modernos -en la terminología de CONSTANT²¹²-, es favorable a la deliberación ordenada y a la búsqueda de acuerdos e integración de intereses y es expreso llevada a cabo por sujetos especialmente designados para actuar con miras en el bien común. Sin embargo, no puede omitirse que representantes -incluidos los legisladores- y representados, gobernantes y gobernados, no son la misma cosa²¹³, y que ello justifica alguna forma de limitación de los individuos que concretamente ejercen con relativa ajenidad el poder.

El fenómeno es aún más claro si se introducen las dificultades de la representación en el Estado de Partidos²¹⁴, la incidencia de grupos de presión, los diferentes sistemas electorales que priorizan elementos que trascienden la representación pura y los distintos factores que caracterizan a la denominada crisis de la ley²¹⁵. En fin, a las objeciones teóricas deben también añadirse otras patologías, de

²¹⁰ El propio WALDRON reconoce como un defecto de su tesis la omisión de una discusión adecuada sobre la representación. Véase Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., pág. 133 nota al pie 60.

²¹¹ Alfonso FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR y Carmen FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR: Ob. Cit., págs. 21 y 22.

²¹² Benjamin CONSTANT: *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2124/16.pdf>.

²¹³ En forma exagerada ROUSSEAU consideraba al «pueblo» esclavo de sus representantes. Jean Jaques ROUSSEAU: *El Contrato Social o Principios de derecho político*, Libro III, Capítulo XV. No se comparte la radicalidad de la tesis. Apunta contra la representación sin tomar nota del dato de que la voluntad política en todo caso se crea y que nunca existe coincidencia con el «pueblo», pues su voluntad como tal no existe. El asunto consiste en defender una mejor o peor forma de construirla jurídicamente sobre unas bases morales. De todas formas, es evidente que es relevante el consentimiento de la comunidad toda en una concepción democrática -por eso ni el más acérrimo defensor de la democracia representativa negaría las elecciones con sufragio universal- y que, además de la pérdida de la complejidad que desecha posiciones, muchas veces existen también quiebres o desajustes en la representación.

²¹⁴ Alfonso FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR y Carmen FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR: Ob. Cit., págs. 101 y ss.

²¹⁵ Vid. Otto BACHOF: Ob. Cit., págs., 48 a 50. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Ob. Cit., págs. 39 a 51, Liborio HIERRO: “El impero de la

constatación empírica, que cabe aquí meramente enunciar, como desencajes de representación o supuestos de actuación deliberada en función de intereses parciales.

Lejos está de ser novedoso que el que tiene poder tiende a abusar de él²¹⁶, es precisamente sobre este postulado empírico de desconfianza y de contrapunto entre libertad y poder que se edificó el constitucionalismo. El argumento de que nadie utilizaría el poder en su perjuicio –en cierta medida cuestionable por la lógica de los precompromisos²¹⁷- no aplica en la especie, pues gobernantes y gobernados no son lo mismo. No puede fingirse tampoco la inexistencia de distinciones entre quienes efectivamente gobiernan, quienes son oposición, quienes no llegan a serlo y quienes repudian el propio sistema. Ni siquiera en sistemas de «autogobierno» se justifica un poder absoluto, pueden admitirse matizaciones pero no resignarse la limitación.

Sobre las referidas bases de estabilidad de materias abstractamente consensuadas, de limitación del poder y de diferencia de cualidades deliberativas, es que se justifica un modelo de dos esferas de decisión política de una comunidad. Se trata de un entramado asimilable al denominado por ACKERMAN como «democracia dualista», que parte de una distinción entre el «Pueblo» (*People*) y los «Políticos» (*Politicians*), entre momentos de política constitucional y de política ordinaria²¹⁸ y de poder constituyente y de poderes constituidos –también «separados»-. En términos de ZAGREBELSKY, una vez más, de *pactum societatis* y de *pactum subiectionis*²¹⁹.

Durante los momentos de política ordinaria, la revisión jurisdiccional de las leyes, como se indicó –*ut supra* II.3.1.2.b.2-, opera en defensa de las decisiones extraordinarias –constitucionales-, pero puede desencadenar a su turno un momento de política extraordinaria como solución final. De esa manera, además de aportar al debate público una perspectiva enriquecedora, que puede ser reveladora incluso para el Poder Legislativo –generando su propia convicción-, el control de constitucionalidad eventualmente contribuye para que en última instancia quede superado el entredicho por

ley y la crisis de la ley”, en *Revista DOXA*, número 19, 1996, pág. 291 y siguientes; Gema MARCILLA CORDOBA: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Ob. Cit., págs. 155 y ss.

²¹⁶ MONTESQUIEU: *Ob. Cit* Libro XI Capítulo IV, pág. 225.

²¹⁷ Jon ELSTER: *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Ob. Cit., págs. 111 y ss.

²¹⁸ Bruce ACKERMAN: *Ob. Cit.*, pág. 10.

²¹⁹ Gustavo ZAGREBELSKY: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Ob. Cit., pág. 39. Véase una presentación de estos conceptos por el referido autor en la transcripción incluida en nota al pie 171 de este trabajo.

una decisión análoga a la que se protege, dotada del mayor grado de legitimidad democrática en el sistema.

La organización de una comunidad política y con ella la conformación de un ordenamiento jurídico, tiene sentido en la medida en que exista efectivamente un núcleo axiológico relativamente consensuado, que pautе mínimos -concretamente bienes humanos esenciales a asegurar, «derechos»- y fines -concretamente bienes humanos a potenciar mediante políticas- que se aspiran alcanzar a través del sistema.

La delimitación sustancial de los poderes por disposición de uno superior diferenciado, parece una buena técnica para hacer efectivo el plan trazado²²⁰, siempre que este último opere como la representación más fiel y justificada de conformación de una voluntad política atribuible a la comunidad. La forma de configuración de esta última, a través del procedimiento de creación de actos constitucionales, debe superar por sus cualidades y por sus resultados a la ordinariamente prevista para elaboración de actos legislativos. Así las cosas, la rigidez constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad, funcionan como un resorte importante de la democracia representativa. Contribuyen a delimitar un Poder Legislativo ejercido con ajenidad y a potenciar la legitimidad en la decisión de las cuestiones identificadas como las más relevantes, fundamentalmente en materia de «derechos».

Previo a la culminación de este capítulo de defensa del modelo constitucional, cabe insistir en la confesión inicial de que la fundamentación queda en buena medida renga ante la deliberada omisión del dato de la internacionalización, de la existencia de Cortes internacionales en materia de derechos -como el CIDH o la CEDH respectivamente en América y Europa- y de un intenso control de «convenicionalidad». La incorporación de límites desde la esfera internacional es en términos descriptivos incuestionable. Tan es así que en el caso *Olmedo Bustos y otros vs Chile* de fecha 5 de febrero año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al demandado a reformar la Constitución.

En términos prescriptivos en principio parece tener sentido que si en definitiva se cuestiona sobre la dignidad del hombre como tal, se apele a la comunidad internacional, el problema, una vez más, se ubica en el plano de la confección de un

²²⁰ Nótese que el referido consenso sobre un mínimo axiológico y político, es inevitable aunque su manifestación sea elemental. Incluso quienes aspiran poner el énfasis en cuestiones estrictamente procedimentales o de democracia formal, presuponen la bondad de ésta en virtud de un valor subyacente, el igual trato y consideración de hombres libres. Vid Roberto GARGARELLA y José Luis MARTÍ: Ob. Cit., pág. XXVI. Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 137.

aparato institucional adecuado a tales efectos a partir del dato de los desacuerdos en la especificación. En esta línea es que DE VEGA alerta los riesgos de que el fenómeno de la mundialización termine comprometiendo al principio democrático²²¹.

En cualquier caso, el abordaje internacional en principio debería contemplar el elemento democrático y orientarse a evitar en lo posible una alteración de los equilibrios institucionales internos²²². En una tarea de extrema complejidad, deberían también considerarse los aspectos de tensión entre democracia y derechos y de desacuerdos sobre la especificación de estos últimos -sin perjuicio de adicionales dificultades culturales-, para poder proporcionar una justificación adecuada del diseño funcional e institucional internacional y de sus relaciones con el interno.

²²¹ Pedro DE VEGA: “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios políticos*, Número 100, 1998.

²²² No obstante el especial componente de divergencias culturales, en cierta medida es en este sentido que los tribunales regionales han apelado a la doctrina del «margen de apreciación nacional». Sin perjuicio de evidenciar la vaguedad del concepto y la imprecisión con la que se utiliza, GARCÍA ROCA no deja de reconocer que subyace una cabal «actitud judicial de deferencia a las autoridades internas, al estar en mejor sede para el enjuiciamiento de intereses y responder democráticamente ante sus electorados». Javier GARCÍA ROCA: “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 20, 2007, pág. 142. Véase del mismo autor: “El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, Cuadernos Civitas, Instituto de Derecho Parlamentario, Madrid, 2010, págs. 113 a 115; y “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2009, págs. 39 a 41. Véase también Francisco R. BARBOSA DELGADO: “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, VVAA, UNAM, México, 2012, págs. Manuel NUÑEZ POBLETE: “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, VVAA, UNAM, México, 2012, págs. 39 y ss.

CAPÍTULO III

APERTURA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Introducción a la interpretación constitucional.

El problema de la interpretación de disposiciones legales y constitucionales «superpuestas», *a priori* relevantes para determinar la normativa aplicable en relación con un caso que un magistrado debe resolver, constituye el objeto principal de esta tesis. En el capítulo que antecede se consideraron las características y los fundamentos de sistemas constitucionales, así como aspectos funcionales relacionados con la reforma constitucional, el Parlamento y los jueces constitucionales -y los «constitucionalizados»²²³-. Se partió a esos efectos de la generalización de un esquema contemporáneo de Constituciones formales, rígidas, normativas, dotadas de supremacía y que contienen normas materiales y abiertas -fundamentalmente los derechos-justiciables por individuos. Ello sin lugar a dudas es de utilidad como referencia, sin embargo, es preciso para un análisis más depurado tomar en cada caso como punto de partida una Constitución reconocida determinada e interpretarla. Sólo así se definirá adecuadamente el sistema, sus fundamentos y derivaciones funcionales específicas como marco que permita adecuadamente afrontar la tarea desde las perspectivas correctas²²⁴.

Así, a través de la interpretación de la Constitución toda -en tanto sistema- se determina un modelo, y definido éste, según sus matices, pueden precisarse eventuales particularidades de la interpretación de disposiciones específicas consideradas para la resolución de un caso.

²²³ En el sentido que con el reconocimiento de su fuerza normativa de la Constitución, ésta encabeza el Derecho positivo y los jueces ordinarios deben también considerarla como material jurídico relevante para la solución de los casos. Todos los jueces son en un sentido amplio constitucionales. En los sistemas de control de regularidad constitucional de las leyes de tipo concentrado, en un supuesto de conflicto luego de una interpretación de las disposiciones legales y constitucionales relevantes no tendrán los jueces ordinarios competencias para declarar la inconstitucionalidad de la ley -y consecuentemente directamente desaplicar o anular la ley-. Pero ello no altera su condición de material positivo preceptivo y su aplicación en supuestos interpretativos que culminan con una solución armónica de la ley respecto de la Constitución y en los casos en los que no se dictó legislación o que ésta resultó por el tribunal competente desaplicada o anulada -según el caso-.

²²⁴ Raúl CANOSA USERA: “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2013, pág. 2.

Se impone ahora estudiar el fenómeno de la interpretación jurídica y muy especialmente el de la interpretación de la Constitución, que es imprescindible para edificar una «teoría» elemental de la Constitución como presupuesto de ulteriores interpretaciones. No sólo es necesaria para delimitar pautas especiales y ajustadas de interpretación de disposiciones constitucionales puntuales, según viene de afirmarse, sino también, por la posición de la Carta en el ordenamiento, para determinar pautas consistentes que refieran incluso a la interpretación de la ley en un caso de concurrencia -no necesariamente conflictiva- como el que se propone explorar.

Previo a la presentación de la problemática concreta del subtipo de la interpretación constitucional, conviene aquí realizar algunas cuestiones introductorias sobre la interpretación jurídica y presentar a grandes rasgos las características de las disposiciones constitucionales. Pese a no determinar estas últimas una escisión respecto del método general en lo sustancial -según se sostendrá-, denotan peculiaridades de intensidad que en cierto sentido inciden en su interpretación.

1.1. Somera introducción a la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica de fuentes -vale recordar que se parte de actos jurídicos constitucionales y legislativos formales y escritos- presupone que existe un texto normativo²²⁵ como objeto que debe ser comprendido, definido o, lo que es a estos efectos lo mismo, cuyo sentido debe ser determinado conforme cánones de comprensión y de argumentación racional²²⁶. Se trata por tanto de una tarea de atribución o adjudicación de un significado²²⁷ a un enunciado lingüístico contenido en un acto jurídico formal reconocido que, a efectos de su explicación o exteriorización, se expresa también mediante un enunciado lingüístico, que no puede ser una mera reproducción del original²²⁸.

Incluso en la posición que equipara interpretación con comprensión de un texto sin más, sin efectuar distinciones según el margen de duda que pueda presentar el texto

²²⁵ Raúl CANOSA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 59. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 25 y 26.

²²⁶ Javier JÍMENEZ CAMPO: “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3685.

²²⁷ Giovanni TARELLO: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Ob. Cit., pág. 407. Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pág.35. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 31.

²²⁸ Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 28.

en cuestión, aunque no tenga mayor sentido en los casos «claros», lo cierto es que podría expresarse el resultado de la interpretación recurriéndose a enunciados que presenten o reflejen sinonimia. Por ejemplo, incluyendo las definiciones semánticas de sentido unívoco de las palabras que determinan una clarificación, quizás innecesaria, pero clarificación al fin en la reformulación o explicación.

La interpretación consiste en una actividad consciente o deliberada, por lo tanto, no siempre que se «realiza» o «actualiza» una norma necesariamente precede una interpretación. En este punto se coincide con HESSE, aunque como se fundamentará no con su acepción restrictiva de la interpretación con carácter general²²⁹. Es necesario de todas formas efectuar aclaraciones al respecto.

Deben distinguirse (a) casos en los que se ignora la norma y sin embargo se actúa de acuerdo a lo estipulado en la misma, por mera casualidad o coincidencia, en cuyo caso habría realización sin interpretación; (b) casos en los que se actúa en función de una interpretación realizada en una ocasión anterior, asumiéndose que no es necesario realizar nuevamente la tarea, en cuyo caso precede una interpretación pero no estrictamente una nueva; y por último, (c) casos en los que se actúa «casi» automáticamente por la aparente incontrovertibilidad del significado pero partiendo de un análisis consciente de una disposición, en cuyo caso habría interpretación. Entiendo que la consciencia en la tarea y la dificultad corren conceptualmente por carriles separados.

Es dable ahondar un poco en la distinción insinuada entre una concepción amplia y una restringida de la tarea interpretativa sobre símbolos lingüísticos²³⁰, según se considere que aplica respecto de cualquier texto normativo o exclusivamente respecto de aquellos que no ofrecen una solución clara. Así, la versión restringida postula que donde no se suscitan dudas no se interpreta²³¹. Por su parte, la tesis amplia sobre el concepto de interpretación jurídica rechaza el apotegma «*in claris non fit interpretatio*»,

²²⁹ Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 33 y 34.

²³⁰ WRÓBLEWSKI denomina a la interpretación como la comprensión de un objeto en tanto fenómeno cultural –refiera o no a un texto– como interpretación *sensu largissimo*, reservando los términos *sensu largo* y *sensu stricto* para referir concepciones sobre a la interpretación de textos –que es la que aquí importa– que he denominado, respectivamente, amplia o restringida. Jerzy WRÓBLEWSKI: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Reimpresión de primera edición, Madrid, 2001, págs. 21 a 23.

²³¹ Andrei MARMOR: *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 21 y ss. Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 33 y 34. Enrique ALONSO GARCÍA: Ob. Cit., pág. 1 y ss.

en el entendido de que para pronunciarse sobre la pretendida claridad, previamente debe abordarse el texto y determinar su significado, éste debe comprenderse o construirse²³².

WRÓBLEWSKI, luego de indicar que las concepciones sirven a fines diversos, al defender la acepción restringida a efectos de su investigación, postula que ésta es más habitual en la práctica jurídica, y que si se utiliza el término interpretación como sinónimo de comprensión debería introducirse una terminología que distinga los casos en los que existen dudas de los casos en los que éstas no existen. Por último, agrega que parecería que algunos argumentos dirigidos contra la interpretación en sentido restringido se sortean si se parte de una noción «pragmática de la claridad»²³³.

No obstante comparto que se trata de preferencias terminológicas, que se superan especificando de antemano el sentido en el que se empleará la expresión, los argumentos reseñados no me convencen del todo. Es preferible con carácter general la acepción amplia de la interpretación por los siguientes motivos:

(i) la operación de enfrentarse a un texto para la atribución de un significado es común tanto en casos fáciles como en los dudosos, salvo que se niegue la existencia de significados en los casos de textos más «claros» -que equivaldría a afirmar que no significan nada-. La diferencia sería precisamente de grado de dificultad y no de esencia de la actividad. La atribución de significado es evidente en ciertos casos y basta con afirmar que el texto normativo es unívoco para convencer, resultando las posibles reformulaciones del enunciado innecesarias o triviales ante la evidencia;

(ii) por más pragmática que la noción de «claridad» resulte, pronunciarse sobre ella en relación con un texto implica leerlo y analizarlo, teniendo en cuenta además un contexto normativo y fines. Parece más rebuscado diferenciar una etapa de pre-comprensión para iniciar luego la tarea de interpretación -comprensión- propiamente dicha ante la identificación de textos complejos -luego de la pre-comprensión-, que afirmar que la interpretación es en un caso de supuesta «claridad» es sencilla o evidente. Vale aclarar que el término comprensión, tal como aquí se lo analiza no significa necesariamente cognitivismo, pues puede implicar constructivismo y así sucede especialmente en los casos difíciles. Entiendo que el término de todas formas refleja el

²³² Giovanni TARELLO: Ob. Cit., pág. 407. Jorge GAMARRA: *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, Responsabilidad contractual, Vol. 2, Cuarta Edición actualizada, FCU, Montevideo, 2006, pág. 227. Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 13. También rechaza el adagio «in claris non fit interpretatio» la Suprema Corte de Justicia uruguaya. Véase sentencia de la SCJ número 127/2009.

²³³ Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., págs. 24 y 25.

punto central, que en la especie consiste en partir de unas bases textuales con pretensión de determinar un significado;

(iii) no puede predicarse la claridad en el caso de formulaciones de reglas generales²³⁴, siempre que se transita de una interpretación en abstracto a una con propósito de concreción²³⁵ se requiere de mayores o menores esfuerzos de delimitación. Es cierto que la «claridad» podría sostenerse respecto de una particular interpretación en concreto -orientada a un caso²³⁶-, si se tratase justamente de uno de los casos pertenecientes al núcleo de certeza del precepto bajo una interpretación en abstracto de este último. Ahora bien, aun así, y pese a que la previa interpretación en abstracto puede considerarse incluso innecesaria en dichos casos -en términos pragmáticos, lisa y llanamente omitida-, conceptualmente la interpretación de la disposición, que es en el supuesto planteado abstracta y no concreta, debe referir a todos los casos comprendidos, en términos abstractos o concretos. Nótese que la interpretación en concreto no es más que una consecuencia de la especificidad y exhaustividad en la ejecución de una tarea interpretativa que es antes abstracta -en tanto el enunciado así se formula-, que aunque pueda a efectos prácticos darse por supuesta, es conceptualmente previa²³⁷.

Por su parte, la acepción amplia también parece imponerse desde la perspectiva del uso del término «interpretación». Los juristas tienden a asumir posiciones estratégicas, suelen ser ingeniosos para sembrar dudas, incluso en los casos sencillos, y muchas veces argumentan ser portadores de la interpretación unívoca. Es más usual en el discurso afirmar que la interpretación de un texto es indiscutible por su claridad que sostener que un texto por su claridad no requiere ser interpretado para luego indefectiblemente argumentar sobre su sentido.

Dudo por tanto que los juristas perciban la interpretación como algo diferente de la comprensión de un texto normativo, más allá de su dificultad y de la dosis de «creatividad» o «construcción» involucrada en la tarea, resultando francamente omitida

²³⁴ En el caso de normas particulares y concretas es factible sostener *per se* supuestos de «claridad».

²³⁵ Abona esta postura la convincente tesis de la textura abierta de toda regla que propone HART, que consiste en afirmar una siempre potencial existencia de una «zona de penumbra». Véase H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., págs. 159 y 160.

²³⁶ Sobre la interpretación en concreto véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 33. En la tesis escéptica, realismo jurídico americano que embandera TARELLO, y que no comparto, no existiría ningún caso de claridad en abstracto, ni siquiera por «zonas», a tal grado que, según entiendo, tampoco existirían casos de claridad en interpretación en concreto, que presuponen conceptualmente una interpretación en abstracto. Véase Giovanni TARELLO: Ob. Cit., pág. 407.

²³⁷ Ello equivale a decir que un enunciado de derecho -particular- es consecuencia o resulta inferido de un enunciado general identificado como base del sistema. Véase al respecto Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit. págs. 117 y 118.

la pregunta sobre la claridad como cuestión previa que inhibe la interpretación. Me atrevo a afirmar que en la dogmática uruguaya es sin dudas ésta la concepción predominante, probablemente por obra de una notable influencia de la doctrina italiana.

De todas formas, insisto en que se trata de una cuestión puramente terminológica y que lo verdaderamente importante es precisar de antemano el sentido en el que se utilizará la expresión. En este caso, por las razones mencionadas, se adoptará el sentido amplio. Se concebirá a la interpretación como comprensión de un texto normativo, que en ciertos casos más que en otros, justifica su reformulación con finalidad esclarecedora para evidenciarla.

Por otra parte, se presenta otra dicotomía en el sentido de la interpretación que cabe también reseñar, pues es usual que se denomine indistintamente interpretación a la tarea consistente en la atribución de significado y al resultado de dicha tarea²³⁸. A efectos de evitar equívocos, se denominará disposición al texto objeto de interpretación -esta última considerada como tarea-, interpretación a la tarea propiamente dicha y norma o solución interpretativa al resultado. La relación entre disposición y norma, en la que media la interpretación, que no es más que una distinción para facilitar algunas explicaciones, será seguidamente objeto de un análisis más detallado -véase *infra* III.1.b-.

Por último, resta indicar que la interpretación puede estudiarse teóricamente desde una postura descriptiva o prescriptiva. Atendiendo en el primer caso a cómo de hecho en un ambiente institucional dado los operadores jurídicos interpretan los documentos jurídicos y, en el segundo, a cómo éstos deberían interpretarse conforme las técnicas de interpretación de documentos normativos que se consideran debidas²³⁹. En general, salvo que puntualmente se especifique lo contrario, se seguirá aquí una posición prescriptiva.

Antes de referir a algunas particularidades de las disposiciones constitucionales y su interpretación, corresponde realizar una última precisión sobre los conceptos de «interpretación» y «aplicación». También en este punto pueden existir confusiones. El término «aplicación» suele utilizarse en ocasiones con un alcance más abstracto y en otras más concreto que el de la «interpretación», esto es, en lo respectivo, como

²³⁸ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 31 y 32. Giovanni TARELLO: Ob. Cit. págs. 403 a 406.

²³⁹ Giovanni TARELLO: Ob. Cit., pág. 396.

fenómeno que la comprende contrapuesto a la pura «creación»²⁴⁰ -cuando refiere al Derecho con generalidad-²⁴¹ o bien, en su versión más acotada, considerada en relación con materiales jurídicos concretos y su desenvolvimiento en casos individuales o supuestos fácticos acaecidos²⁴². Para despejar incertidumbres GUASTINI indica que la interpretación jurídica refiere a disposiciones -textos-, mientras que la aplicación puede versar sobre disposiciones o normas -el resultado de su interpretación- que a la vez pueden ser reglas o principios. Así, la aplicación de disposiciones, coincidiría con la interpretación, aunque no totalmente, pues el autor reconoce que también sería aplicación la invocación de una disposición para construir una norma implícita²⁴³, y sería presupuesto de la aplicación de normas. La «aplicación», en este último sentido -de normas-, consistiría en su empleo como premisa en un razonamiento deductivo para determinar la solución de un caso -en las reglas- o bien para determinar la especificación de una regla -en los principios-²⁴⁴, para luego sí determinar la solución de un caso²⁴⁵.

En buena medida, en tanto la distinción propuesta se encuentra bien orientada hacia una necesaria particularización, conviene explayarse algo más en la explicación para comprender la diferencia entre la interpretación en concreto de disposiciones, formulada exhaustivamente en términos de casos comprendidos, si se quiere, de normas particulares, y la «aplicación» de reglas según la define GUASTINI.

Una cosa es determinar si un caso se encuentra comprendido por el ámbito de aplicación de un precepto, que no es en verdad otra cosa que interpretarlo con una finalidad específica, delimitar su significado o reformular la regla con el mayor grado de

²⁴⁰ Para evitar que la distinción entre «creación» y «aplicación» conduzca a controversias innecesarias por ausencia de estipulación sobre su uso, es necesario realizar no pocas precisiones. Las aclaraciones que realiza CARRIÓ en tal sentido son completas y de particular utilidad. Véase Genaro R. CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ob. Cit., págs. 105 y ss.

²⁴¹ En este sentido, por ejemplo, parece el término ser utilizado por VÉSCOVI, que incluye dentro de la categoría de la «aplicación» a la «interpretación» y a la «integración». Véase Enrique VÉSCOVI: *Introducción al Derecho*, Décimo octava edición, Ediciones Idea, Montevideo, págs. 121 y ss.

²⁴² En este caso la acepción es más específica porque se omiten interpretaciones en abstracto y, eventualmente, incluso en concreto pero meramente ideales.

²⁴³ Bastante discutible es si el fenómeno de la interpretación puede realmente diferenciarse del de la construcción de reglas implícitas o de la integración, siempre que para ello se asuma que parte de disposiciones contenidas en actos jurídicos formales. Véase al respecto, por muchos, Juan Andrés RAMÍREZ: «La analogía como método único de interpretación. Inconsistencia lógica de la distinción entre interpretación e integración», ADCU, T. XXXVI, FCU, Montevideo, 2006, págs. 675 a 684, José KORZENIAK: Ob. Cit. págs. 67 y 72.

²⁴⁴ Se menciona aquí, exclusivamente a estos efectos introductorios, la tesis de GUASTINI, pero oportunamente se argumentará la postura de que no existen diferencias estructurales entre reglas y principios y por lo tanto, más allá de incuestionables grados de complejidad, tampoco diferencias estructurales en su interpretación y aplicación.

²⁴⁵ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 249 a 251.

concreción posible. Otra distinta es postular que ante una situación de hecho, ante la manifestación de un caso, debe desencadenarse la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Es probablemente el empleo equívoco de la noción de «aplicabilidad», según se considere dirigida a los sujetos compelidos por la norma o al decisor, a la definición de la norma por su situación deóntica o a la sanción o consecuencia, el que genera desconcierto a partir de los conceptos planteados. Así, al consignarse que el delito de homicidio establecido en el artículo 310 del Código Penal uruguayo le es aplicable a un sujeto, puede querer decirse (a) que lo comprende la prohibición de matar en tanto individuo incluido en el denominado ámbito de aplicación de la norma, pese a no haber dado muerte a nadie -en un fenómeno exclusivamente interpretativo-, o (b) que en tanto dio muerte a un sujeto, debe exigirse la sanción establecida²⁴⁶.

La «aplicación» de reglas referiría exclusivamente al segundo supuesto, que coincidiría con la prédica de «aplicación» de la consecuencia jurídica en cuestión. Toda vez que se efectúa una interpretación en concreto a partir de un hecho efectivamente acaecido, en caso de resultar comprendido el supuesto en la norma, su «aplicación» deviene debida por alguna autoridad²⁴⁷.

Es precisamente en conexión con este punto que cabe mencionar otra acepción posible, todavía más específica del término «aplicación» y que entiendo coincide con el uso predominante entre los juristas, que consiste en la puesta en práctica de una norma derivada de una disposición concretamente interpretada. Es decir, disponiéndose, exigiéndose o ejecutándose la consecuencia jurídica prevista en la norma ante la

²⁴⁶ Independientemente de la cuestión terminológica, la distinción realizada es relevante en la práctica jurídica. En el sistema constitucional uruguayo cualquier sujeto que se considere lesionado en su «interés directo, personal y legítimo» puede solicitar por vía de acción a la Suprema Corte de Justicia que declare con efecto para su caso la inconstitucionalidad de la ley que lo afecta. La Suprema Corte de Justicia sostiene actualmente que, en el caso de leyes que disponen delitos penales, se carece de legitimación activa para promover un proceso de inconstitucionalidad por vía de acción por sujetos comprendidos subjetivamente por la prohibición, admitiendo únicamente la vía de excepción -incidental-, en los casos en los que se imputa la comisión efectiva de un delito. La referida posición, equivocada, no repara en la diferenciación indicada. Si un sujeto integra la categoría abstracta de sujetos abarcados por el precepto penal -la categoría de «sujeto activo» conforme es denominada en dogmática penal- notoriamente se encuentra afectado en la medida en que se restringe su conducta -su libertad-. Véase la Sentencia de la SCJ número 39/2015. En dicha sentencia el magistrado CHEDIK emite una acertada discordia en la que en la que, en la línea aquí reseñada, reconoce la legitimación activa.

²⁴⁷ WRÓBLEWSKI denomina al tipo de interpretación que antecede a la aplicación por un decisor como interpretación operativa. Cabe precisar, como en su momento se indicó, que el referido autor, a diferencia de la concepción adoptada en este trabajo, prefiere una concepción estricta de interpretación que opera exclusivamente en los casos de dudas, de modo que realizando esa salvedad, es que coincidiría con lo aquí planteado. Véase Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 35.

ocurrencia del supuesto fáctico previsto, por parte de un operador relevante con competencia para ello.

Parece más convincente decir que ante un supuesto fáctico la norma debe aplicarse por los sujetos con potestad para hacerlo, denominando «aplicación» a la tarea que éstos realizan en ejecución de la norma, que es en verdad la materialización de la imputación de la sanción²⁴⁸, que así calificar al mero razonamiento silogístico a partir de una norma general y un caso²⁴⁹. Esto último no representa con precisión al término «aplicación». Desde la perspectiva del caso, una interpretación en concreto podría denominarse directamente «subsunción» -individual o en concreto-²⁵⁰. En todo caso, como resultado de una subsunción ante un supuesto real y una norma de obligación, podría emitirse un juicio prescriptivo en el sentido de que debería ser la norma «aplicada» por un magistrado competente, y cumplida por los sujetos por ella compelidos.

Más adelante se analizará el problema de la ponderación de normas abstractas, especialmente de las que se denominan principios. De momento cabe apuntar que concebida ésta como una instancia de interpretación sistemática, más allá de particularidades, es previa a la eventual aplicación y no sustitutiva de una subsunción - véase *infra* III.3.1.2.b-.

La creencia generalizada de que toda aplicación de una regla implica la previa interpretación de una o más disposiciones²⁵¹, pero que toda interpretación no implica necesariamente su aplicación²⁵², parecería explicarse por la posibilidad de realizar interpretaciones en abstracto y, en el caso de interpretaciones en concreto, por el carácter necesario pero no suficiente de una regla en la operación silogística, se requiere también que se verifique el caso. Aunque basta con ello para justificar lo indicado, se potencia aún más la solución si, a su turno, la existencia de un silogismo en el que la

²⁴⁸ Como bien enseña Kelsen ello implica la creación de una norma particular. Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., pág. 154.

²⁴⁹ Si mal no entiendo es ese el alcance del concepto en la posición de GUASTINI.

²⁵⁰ Por lo general se emplea el término subsunción para referir a la relación de un caso con una norma – incluyendo una entidad individual dentro de una clase-, pero puede admitirse otra acepción, que también admita una subsunción general –entre clases de diferente abstracción, incluyendo a la más restringida dentro de la categoría más amplia-. En este sentido GUASTINI distingue la subsunción individual de la subsunción genérica. Véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 41 y 42. Tal terminología resulta algo confusa por la difusión de la identificación de la subsunción con la inclusión de casos en clases, sin embargo, la denominada subsunción genérica puede resultar de utilidad para el estudio de las normas legislativas –usualmente generales- en relación con las normas constitucionales – generales pero más abstractas-.

²⁵¹ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, en Ob. Cit., pág. 11.

²⁵² Giovanni TARELLO: Ob. Cit., pág. 408.

premisa mayor sea una regla y la menor una situación de hecho -un caso- es condición necesaria pero no suficiente para que se configure estrictamente un supuesto de «aplicación». Pues sería necesario, además, que un sujeto competente efectivamente ejecute la regla imponiendo la sanción o consecuencia ante el acaecimiento del supuesto considerado.

1.2. Sobre el concepto de disposición y de norma.

Conviene realizar algunas precisiones terminológicas a efectos de evitar posibles controversias generadas por falta de convenciones sobre la tarea interpretativa, pues el vocablo «norma» suele ser empleado con diferentes sentidos²⁵³ y es necesario determinar con claridad el objeto y el resultado de la interpretación jurídica.

Se propone a esos efectos partir de una distinción ampliamente difundida entre disposición escrita y norma²⁵⁴. Aunque no está exenta de problemas, resulta de utilidad explicativa en un sistema de fuentes formales. No obstante desde el punto de vista de la interpretación las categorías que interesan son las referidas, y es por eso que a ellas se dedicará mayor atención, cabe también referir brevemente al concepto de «acto jurídico». Se trata de un término ampliamente empleado que también suele ser intercambiado, dependiendo del contexto, por el de disposición o por el de norma, y es además de utilidad para presentar el tema de forma más completa.

Por acto jurídico, puede entenderse (a) la manifestación volitiva normativa de sujetos de derecho dotados de potestad²⁵⁵ -conferida por una norma secundaria de un sistema reconocido-, que se expresa principalmente mediante una formulación lingüística prescriptiva o conceptual -en este caso en tanto refiera a la producción

²⁵³ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 77.

²⁵⁴ La distinción entre disposición y norma, planteada por CRISAFULLI en 1964, asentada en Italia, con recepción reciente en la dogmática uruguaya a través de GUASTINI, quien siguiendo en sustancia la teoría de la interpretación de TARELLO y no al autor antes referido, proporciona la versión que aquí se presenta. Véase Riccardo GUASTINI: “Le fonti del Diritto e l’interpretazione”, en *Tratatto de Diritto Privato* a cura di Giovanni IUDICA e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 17 y siguientes. También véase del mismo autor: “Le fonti del diritto. Fondamenti teorici”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Antonio CICU, Francesco MESSINEO y Luis MENGONI, Dott. A. Giuffrè Editore, Milan, 2010, pág. 35 y siguientes; e *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 77 y ss, Giovanni TARELLO: Ob. Cit., Darío BURSTIN, Serrana DELGADO MANTEIGA, Leandro FRANCOLINO, José GÓMEZ LEIZA, Guzmán RODRÍGUEZ y Oscar SARLO: Ob. Cit., pág. 90. Giovanni FIGEROA: *Sentencias atípicas. Teoría general. Derecho Comparado. Especial análisis de las sentencias recaídas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano*, Ob. Cit., págs. 35 y ss. Vezio CRISAFULLI: “Disposizione (e norma)”, en *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milán, 1964, págs. 195 y ss.

²⁵⁵ Es esta la acepción que recoge el Decreto del Poder Ejecutivo uruguayo Número 500/91 al definir el acto administrativo en su artículo 120. Dicha cláusula reza lo siguiente: «Acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos».

jurídica-, y que, siempre que se ajuste a la norma que regula su creación²⁵⁶, una vez interpretada se denomina norma jurídica -según sea el caso, primaria o secundaria²⁵⁷-; o bien (b) el resultado o contenido de la actuación de creación normativa deliberada por sujetos con potestad para ello, un texto de contenido normativo²⁵⁸²⁵⁹.

La concepción de «acto jurídico» indicada en segundo término, en buena medida se relaciona con la noción de «disposición», con la salvedad de que esta última refiere a un único enunciado, mientras que el acto jurídico entendido como resultado o contenido de lo actuado suele referir a la totalidad del texto manifestado, que podría eventualmente contener varios enunciados²⁶⁰. Nótese que coincidirían materialmente ambas categorías en el caso de actos que se componen por una única disposición.

Así, una disposición, también denominada enunciado²⁶¹ o formulación²⁶², sería entonces cada uno de los enunciados lingüísticos expresados a través de un acto jurídico, en lo que aquí concierne, en forma documentada y escrita²⁶³. No es absolutamente clara la delimitación de la noción de disposición. No es controvertido que serían ellas el resultado de un acto jurídico y que son formulaciones lingüísticas no interpretadas, pero, al menos en la tesis predominante representada por GUASTINI -que en este punto no se distingue de la de CRISAFULLI²⁶⁴-, no son ellas necesariamente normativas.

²⁵⁶ No cabe aquí referir a la posible distinción entre perfeccionamiento y validez.

²⁵⁷ Se parte del modelo dualista de normas propuesto por Hart. Vid H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 101. Diego GAMARRA ANTES: “El interés legítimo desmenuzado”, en *Revista Ruptura*, número 3, FCU, Montevideo, agosto de 2012, págs. 95 y 96.

²⁵⁸ Sobre las acepciones del concepto de «acto jurídico» (*atto normativo*), como acción o como producto, véase Riccardo GUASTINI: “Le fonti del diritto. Fondamenti teorici”, en Ob. Cit., págs. 68 y 69.

²⁵⁹ Vienen de presentarse dos concepciones de acto jurídico que parten acumulativamente de un criterio material y formal, esto es, una actuación conforme a las formas y procedimientos prevista en el sistema para la producción de normas de ciertas características mediante la que un sujeto con potestad manifiesta un contenido efectivamente normativo. Pero podría eventualmente concebirse el término desde una perspectiva estrictamente formal, considerando un acto jurídico como la actuación conforme con los procedimientos mencionados independientemente de su contenido normativo, o incluso desde una perspectiva material, considerando cualquier actuación que suponga enunciación de una formulación de contenido normativo aunque sea dictada por sujetos sin potestad en un determinado sistema para la producción de normas.

²⁶⁰ Generalmente nombrados y ordenados para su identificación como artículos, ordinales, numerales, literales e incisos.

²⁶¹ Entre otros, en la terminología de ALEXY. Robert ALEXY: *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Traducción de Carlos BERNAL PULIDO, 2ª Edición, Madrid, 2007, págs. 46 y ss.

²⁶² Entre otros, en la terminología de Georg Henrik VON WRIGHT: *Norma y acción*, Traducción de Pedro García Ferrero, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 109.

²⁶³ Eventualmente la disposición podría consistir en otro tipo de símbolos, pero por razones de simplicidad, cabe acotar el planteo a la expresión mediante palabras pertenecientes a un lenguaje.

²⁶⁴ Vezzio CRISAFULLI: Ob. Cit., págs. 195 y ss.

Se admite la existencia de disposiciones carentes de normas²⁶⁵ y sin ningún tipo de conexión con contenidos normativos, es decir, que ni siquiera expresan fracciones de ellas ni operan como soporte para su derivación. Ello parecería explicarse, ora por partir de una concepción estrictamente formal de acto jurídico, ora por considerarse que, aun partiendo de un acto jurídico en sentido material y formal, es suficiente para calificar como acto a la manifestación que contenga al menos una norma que pueda detraerse de disposiciones, mereciendo tal rótulo todos los enunciados en él contenidos, incluso los no normativos.

Para termina de delinear la concepción resta mencionar los restantes tipos de disposiciones, en un sentido más hondo normativas, que adelantan su forma de correspondencia con las normas: (a) disposiciones complejas -enunciados que expresan más de una norma-, (b) disposiciones sinonímicas -enunciados que expresan una misma norma²⁶⁶-, (c) normas contenidas en más de una disposición -en este caso los enunciados expresan partes de una norma, por ejemplo, uno el precepto y otro la sanción-, (d) disposiciones ambiguas -que admiten varias interpretaciones razonables-²⁶⁷. Son precisamente estas últimas las que probablemente mayor interés despierten para la interpretación constitucional. La apertura de las disposiciones constitucionales que la caracteriza no es otra cosa que la ambigüedad en el sentido lato referido, aunque como se indicará en el subcapítulo III.2.1.1, en puridad dichos casos pueden generarse a partir de dos problemas que deben distinguirse, de ambigüedad estricta -semántica o sintáctica- o de vaguedad -semántica-. Así, en estos supuestos, si bien la disposición puede potencialmente contener normas diversas dependiendo de la interpretación, la disposición en acto -una vez interpretada- contiene necesariamente una norma.

Por último, aunque a esta altura resulta evidente por lo previamente expuesto, la norma sería en esta concepción el resultado de interpretar, adjudicar un significado a

²⁶⁵ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 83. El autor plantea como ejemplos una enunciación de motivos, una invocación a la divinidad, una fórmula dedicatoria, una declaración didascálica y exhortativa.

²⁶⁶ En lógica cuando varios enunciados tienen un mismo significado se dice que expresan una proposición. Esta última sería el significado de un enunciado declarativo o descriptivo -se excluye el caso de los enunciados prescriptivos porque por carecer de valores de verdad no son relevantes para la lógica-. Véase Delia ECAHVE, María Eugenia URQUIJO y Ricardo GUIBOURG: *Lógica, proposición y norma*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2008, págs. 36 y 37. En la terminología analizada, en tanto las razones referidas de la exclusión del lenguaje prescriptivo no concurren, pues no se persigue en este caso una aplicación lógica, el significado de un enunciado prescriptivo o normativo (esto último es más preciso porque comprendería las normas secundarias) sería una norma -análoga a la proposición de enunciados descriptivos a efecto de la lógica-.

²⁶⁷ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 79 y ss.

una, parte de una o varias disposiciones normativas²⁶⁸ formalizadas mediante el acto²⁶⁹ que, por su parte, es ella también un enunciado lingüístico o varios y no otra cosa.

Debe quedar claro que con la separación planteada entre un enunciado derivado de la interpretación y un enunciado original que la contiene -una disposición- no se quiere decir que las disposiciones y las normas sean entidades distintas. Los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan, no son ontológicamente distintos²⁷⁰. La norma sería la disposición, parte de la disposición o las disposiciones normativas interpretadas. Desde otro punto de vista, sería un enunciado respecto del que el intérprete asume sinonimia con el enunciado, la parte del enunciado o los enunciados objeto de interpretación²⁷¹, o bien un enunciado descriptivo y con propósito esclarecedor del texto normativo interpretado²⁷².

En ese sentido, el enunciado obtenido como resultado de la interpretación -la norma- sería a su vez susceptible de interpretación, y así podría seguirse sucesivamente hasta agotar las posibilidades de expresar razonablemente una misma idea -la norma- de diferentes formas. Sin embargo, realizadas algunas precisiones puede ponerse razonablemente fin a la cadena en su primer eslabón. (i) La interpretación jurídica -al menos en sentido estricto- sería la que recae sobre disposiciones contenidas en actos jurídicos, es decir, emitidos por una autoridad competente -no sobre nuevos enunciados formulados a partir de éstas-; y (ii) la interpretación perdería su sentido si en su ejercicio se plantean enunciados sustitutivos para expresar la norma de manera absolutamente trivial. Aunque forzosamente en los casos más sencillos en buena medida ello sucede, no deja de ser cierto que subyace en la tarea una pretensión esclarecedora, que se despliega más ostensiblemente ante disposiciones más indeterminadas. Así, en principio, la forma más precisa de expresar la norma en cuestión debería ser la

²⁶⁸ Que ciertas normas, las referidas, sean el significado inmediato de una o varias disposiciones, no significa que éstas sean las únicas normas posibles de un sistema. Así, GUASTINI menciona como casos de normas sin disposición a las normas consuetudinarias -que no interesan a estos efectos-, o las normas implícitas, que se extraen como conclusión de un razonamiento -deductivo lógico o inductivo- a partir de normas expresadas en disposiciones como premisas. Véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 83 y 84. Debería precisarse aún más el alcance de estas normas implícitas, distinguiendo propiamente las derivaciones lógicas de otras normas de las construcciones dogmáticas a partir de una idea regulativa de completitud y coherencia.

²⁶⁹ TARELLO enseña que la interpretación del enunciado preceptivo -léase disposición-, el significado del enunciado, es desde otro punto de vista la norma expresada por el enunciado. Véase Giovanni TARELLO: Ob. Cit., pág. 395.

²⁷⁰ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 79.

²⁷¹ IDEM

²⁷² GUASTINI no acepta que el resultado de la interpretación no sea un enunciado prescriptivo, no en vano lo denomina norma. En un marco de aplicación ello es así en última instancia, pero entiendo que no lo es en el caso de la interpretación doctrinal, en el que la expresión del resultado mediante una descripción parece plausible. Sobre el final de este punto se explica esta posición.

manifestada directamente en tanto interpretación de disposiciones, tornando innecesarias interpretaciones posteriores sobre el enunciado resultante.

En fin, retomando el cuestionamiento sobre la naturaleza de las categorías en cuestión, es dable insistir en que no se trata de que texto y significado sean entidades verdaderamente distintas sino de una diferenciación a determinados efectos discursivos. Una vez que se parte de una, parte de una o varias disposiciones para individualizar una norma, quien realiza la tarea interpretativa afirma que el texto considerado significa esa y sólo esa norma. El intérprete predica que lo que identifica al atribuir un significado - por más arduo que esto sea- es el propio texto. El texto es lo que dice.

En el marco conceptual presentado, la interpretación refiere siempre a disposiciones -una, parte de una o varias- y las normas se «derivan» de ellas en virtud de un proceso intelectual. Se incorpora de esa forma en el modelo también a la figura del receptor relevante y no sólo la del emisor en un fenómeno de comunicación, en este caso de contenido normativo o fundamentalmente normativo. La distinción realizada se justifica en la medida en que, como viene de mencionarse, entre las categorías no se da una correspondencia biunívoca²⁷³. Concretamente ha servido en materia de interpretación, y especialmente se ha empleado para explicar el fenómeno de las sentencias atípicas, interpretativas o manipulativas, por parte de Tribunales Constitucionales²⁷⁴.

Desde luego, de su utilidad para explicar o resolver ciertos problemas jurídicos no se sigue su utilidad para explicarlos todos, ni que las categorías sean para todo propósito las más adecuadas. Así, en supuestos en los que varias disposiciones o enunciados expresan una norma, puede ser más conveniente referir al texto que la determina en su globalidad, resultando trivial su división en disposiciones. En ese caso se hace más sencillo que la distinción se entable entre texto o formulación normativa²⁷⁵ y norma o interpretación. En otros casos la distinción es innecesaria y complejiza más de lo que simplifica. Por ejemplo, al referir a un caso de pura producción normativa, en la que el énfasis está en el emisor y no en el receptor del mensaje, parece menos

²⁷³ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 78.

²⁷⁴ Véase Giovanni FIGUEROA: Ob. Cit., págs. 74 y 75. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 84 y siguientes. Sobre sentencias interpretativas en procesos de inconstitucionalidad de leyes, véase también José ACOSTA SÁNCHEZ: *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998. págs. 298 y ss, y Javier DÍAZ REVORIO: "Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas", en *Revista Pensamiento Constitucional*, Volumen 8, Número 8, 2002.

²⁷⁵ Puede que en ocasiones se utilice el término disposición como sinónimo de texto o formulación normativa en este último sentido.

rebuscado decir que se crean normas que expresar que se crean disposiciones para luego aclarar que interpretadas se denominan normas.

También es posible realizar alguna objeción concretamente sobre las denominaciones de la propuesta terminológica, en la medida en que la dupla disposición y norma parece sugerir una distinción conceptual fuerte, como una escisión de entidades, que de hecho lleva a confusiones que probablemente se dispararían si se considerara para referir a lo mismo a la dupla norma e interpretación. Sin embargo, esta última posibilidad presenta dificultades aún mayores, pues rechina que una misma «norma» dependiendo de la interpretación pueda prohibir o permitir una misma conducta.

La crítica no parece revestir el peso suficiente para suplantarse a una terminología de defectos menores, que es además propagada y funciona. De todas formas, el empleo del término «norma» o «disposición» en un sentido diverso que el desarrollado en este apartado no necesariamente se debe a una confusión -aunque, naturalmente, puede suceder-, sino que puede responder a la inutilidad de recurrir a la distinción en ciertos casos o a bien a una alternativa terminológica para referir a ella²⁷⁶.

Debe por último aclararse que no son pocos los teóricos del Derecho que utilizan el término «proposición normativa» para referir a un enunciado descriptivo de una norma o, eventualmente, a su significado²⁷⁷. Así, la categoría mencionada se utiliza para posibilitar la aplicación de la lógica, formulando para ello un enunciado descriptivo de lo que la norma prescribe. La proposición sería el texto o el resultado de la interpretación del texto mediante el que se expresa dicha descripción. En tanto las normas son de carácter prescriptivo, pueden ser justas o injustas, válidas o inválidas, pero jamás verdaderas o falsas; mientras que las proposiciones normativas son

²⁷⁶ El propio GUASTINI, uno de los autores que más ha difundido la distinción entre disposición y norma, no en pocos casos utiliza sinónimos de disposición y norma, respectivamente, enunciado y significado, o texto normativo e interpretación. Es más, en ciertos casos expresamente se corrige precisando el sentido en que se emplea el concepto en cuestión, que difiere del propuesto en su terminología. *“la identificación del contenido de toda norma (más precisamente: de todo texto normativo) depende de la interpretación y la interpretación no es una actividad puramente cognitiva: presupone la adhesión a una u otra doctrina, la elección de uno u otro método interpretativo, ciertas ideas de justicia, etc.”* Véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 191.

²⁷⁷ Véase Georg Henrik VON WRIGHT: Ob. Cit., pág. 121; Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., págs. 87 y 88; Eugenio BULYGIN: “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, BULYGIN, Eugenio, ATIENZA, Manuel y BAYÓN, Juan Carlos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 9 y 10.

afirmaciones acerca de la existencia de las normas, y en tanto descriptivas, pueden reputarse como verdaderas o falsas²⁷⁸.

Como puede observarse, el empleo del término «proposición», que se utiliza en lógica para aludir al significado de un enunciado descriptivo, acompañado del adjetivo «normativa» refiere al contenido de una descripción acerca de una prescripción. No debe esta concepción confundirse -es por eso que no se incluye a las «proposiciones normativas» dentro del marco conceptual propuesto- con el sentido que aquí se atribuye a las disposiciones, enunciados o formulaciones normativas, que no tendrían por objeto describir normas sino directamente expresarlas, ni con las normas resultantes de éstas.

La precisión final que viene de enunciarse, genera algún cuestionamiento más sobre la tarea interpretativa, pues según se ha reseñado consiste en atribuir un significado a un texto de carácter normativo, de modo que el enunciado relevante resultante de la interpretación sería necesariamente prescriptivo, y es por eso que a éste se lo denomina norma. Pese a ello, los discursos de los juristas que manifiestan una determinada opción interpretativa suelen expresarse en lenguaje descriptivo. No es extraño que luego de analizar y eventualmente cotejar disposiciones normativas, de interpretarlas, se afirme que existe, pertenece al sistema o es válida determinada norma, para luego sí prescriptivamente en relación a un caso postular que «debe» resolverse en determinado sentido. En estos casos no creo que pueda renegarse de una verdadera interpretación, pues la expresión del resultado de la interpretación de disposiciones mediante enunciados descriptivos de la norma, en vez de la reformulación de ésta a través de un enunciado sinónimo estricto, prescriptivo, no parece alterar la naturaleza de la práctica.

1.3.Introducción a la interpretación constitucional y a la causa de sus particularidades de énfasis: la apertura de sus disposiciones.

El objeto de la interpretación jurídica en el sentido antes presentado es siempre un texto normativo, de modo que la interpretación constitucional que aquí interesa es la que recae sobre textos normativos constitucionales²⁷⁹. También en este caso, ante la

²⁷⁸ Véase Eugenio BULYGIN: “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en Ob. Cit., págs. 9 y 10.

²⁷⁹ Es posible sostener que cabe también una interpretación constitucional de textos legales y reglamentarios, pero en puridad se trata de la interpretación «de éstos» a la luz de la interpretación «de la Constitución». No quiero con esto significar que se trate de compartimentos estancos, pues no lo son, pero conceptualmente se trata de cosas diferentes.

diversidad de concepciones de la «Constitución», debe precisarse que se referirá a la Constitución como acto jurídico formal diferenciado, conforme las versiones mayormente difundidas en la actualidad *-ut supra* II.3-. Es decir, aquellas que con la forma mencionada en general contienen la materia constitucional, compuesta por normas estructurales que determinan un poder sometido a limitaciones -democracia representativa dual, separación de poderes y control jurisdiccional de constitucionalidad- y por normas sobre derechos individuales básicos. Estas últimas formuladas en gran medida con considerable abstracción, dirigidas pasivamente a todos los poderes y en ciertos casos también a los particulares.

Así, la Constitución se caracteriza por contener un destacado elenco de preceptos de carácter sintético, de contenido político²⁸⁰, valorativo o axiológico²⁸¹, que determinan su abstracción y, en función de ella, su apertura²⁸². Ninguna de estas características es exclusiva de la normativa constitucional, pues no son pocas las disposiciones legales e incluso reglamentarias que también las poseen. Sin embargo, no caben dudas que la Constitución es por su función cardinal o estructurante del resto del ordenamiento jurídico su portadora por antonomasia. Ello resulta fundamental aunque no excluyentemente reflejado -obsérvese que existen principios estructurales como la separación de poderes que también con claridad las denota- por la inclusión del catálogo de derechos básicos, que sienta a la vez bases para su desarrollo y límites materiales a la creación de normativa inferior.

En fin, ni todas las normas «abiertas» son constitucionales -tómese como ejemplo el artículo 1291 inciso segundo del Código Civil uruguayo que consigna el principio de buena fe en la contratación²⁸³-, ni todas las normas constitucionales son «abiertas», sin dudas no lo es, por ejemplo, una que con carácter absoluto establece que a nadie se le aplicará la pena de muerte en los términos del artículo 26 inciso primero de la Constitución uruguaya.

²⁸⁰ Sobre la «politicidad» de las normas constitucionales véase Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., págs. 115 y siguientes.

²⁸¹ IDEM, pág. 133.

²⁸² Francisco RUBIO LLORENTE: “Rigidez y apertura en la Constitución”, en Ob. Cit., pág. 137 y 138, Raúl CANOSA USERA: “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Ob. Cit., pág. 3. Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 17. Manuel ARAGÓN REYES: *Constitución y democracia*, Ob. Cit., pág. 75.

²⁸³ Otro ejemplo de Derecho positivo uruguayo, en este caso de fuente reglamentaria, sería el de los principios del procedimiento administrativo expresados en el artículo 2 del Decreto 500/991 del Poder Ejecutivo.

Pero lo cierto es que la Constitución, considerada a estos efectos como cuerpo normativo, es en su conjunto más «abierta» que la legislación²⁸⁴ y es razonable que así sea. Acierta CAPPELLETTI al indicar que entre mayor es la jerarquía de una norma en el ordenamiento, mayor tiende a ser su apertura²⁸⁵, pues tiene sentido la normativa inferior en tanto existan a su respecto unos márgenes de actuación²⁸⁶. Análoga relación de proporcionalidad directa entre rango y apertura puede verificarse entre la ley ordinaria y los reglamentos.

La Constitución abierta -cuyas ventajas e inconvenientes oportunamente se consideraron-, tiene por propósito sentar un marco, que sea lo suficientemente amplio para posibilitar diversas orientaciones en su seno, determinadas en un sentido o en otro por los poderes constituidos en democracias representativas, pero que es un marco al fin. Es decir, que opera efectivamente como limitación del poder, principalmente en beneficio de los derechos -ideales o morales positivados-, que son a la vez precondiciones de la democracia, imprescindibles para adjetivar un poder colectivo -ejercido con ajenidad- como moralmente aceptable.

La posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico, así como la axiología y «politicidad» de su materia, determinan una necesaria dosis de apertura, que se refleja normativamente por la composición de las disposiciones, que contienen con frecuencia conceptos -por oposición a concepciones²⁸⁷- y, en conexión con ello, por la concentración de cierto tipo de normas generalmente denominadas como principios y de normas de fin genérico²⁸⁸. La «apertura» constitucional se instrumenta a través de dichas variables²⁸⁹, estableciendo, en definitiva, remisiones explícitas o implícitas al legislador o al juez para dotar de contenido concreto a sus preceptos²⁹⁰. Como sostiene RUBIO LLORENTE, para detraer una u otra norma de las varias que el texto constitucional contiene en potencia²⁹¹.

²⁸⁴ Konrad HESSE: Ob. Cit., Pág. 35.

²⁸⁵ Mauro CAPPELLETTI: “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, separata, número 13, Madrid, 1980, págs. 73 y 74.

²⁸⁶ Hans KELSEN: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., págs. 164 y ss.

²⁸⁷ También en relación con la idea de conceptos en este sentido pueden encontrarse referencias a «conceptos jurídicos indeterminados» y de «conceptos esencialmente controversiales», según se analizará.

²⁸⁸ Los puntos referidos, junto con el problema genérico de la vaguedad del lenguaje y la relación entre la apertura y el elemento tiempo, se estudiarán en el subcapítulo III.2.

²⁸⁹ Podrían agregarse otras particularidades, que no dejan de ser correctas pero las entiendo sobreabundantes. WRÓBLEWSKI refiere a singularidades en la aplicación en atención al «alcance» y la «dirección». Véase Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., págs. 102 y 103 y 109 y ss.

²⁹⁰ Tal como se ha insistentemente indicado, la búsqueda de esclarecer este punto motiva este estudio.

²⁹¹ Francisco RUBIO LLORENTE: *Rigidez y apertura en la Constitución*, en Ob. Cit., pág. 138.

La singular abstracción referida, que especialmente se presenta en las disposiciones de mayor relieve que documentan la fórmula política²⁹², vale insistir, en las Constituciones formales contemporáneas principalmente en las normas de derechos que fijan su norte, exige del intérprete ciertas particularidades en su tarea.

Según se sostendrá, se presenta una diferente articulación y complejidad de los cánones de interpretación tradicional, pero no existe una diferencia de esencia la interpretación jurídica de disposiciones de otras fuentes²⁹³. Pueden en su aplicación y con afán de simplificación formularse criterios de justificación y pautas o directivas intermedias de interpretación, que son efectivamente propias en un sentido estricto, pero que se derivan de un método sustancialmente equiparable al jurídico tradicionalmente admitido. Podría llegar a aceptarse que existen ciertos complementos necesarios en la interpretación constitucional, pero en verdad no son otra cosa que la caracterización de los criterios derivados antedichos. En ningún caso puede prescindirse de los métodos tradicionales como punto de partida por su carácter elemental²⁹⁴. Ninguna interpretación jurídica -que lo es de textos normativos-, aunque se reconozca un mayor o menor peso de ciertos pasos según el caso, puede desconocer una base textual ni prescindir para su comprensión del sentido de las palabras, el contexto y de alguna finalidad.

2. Apertura de la Constitución, indeterminación y discrecionalidad.

²⁹² La fórmula política es definida por su creador LUCAS VERDÚ como la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social. Véase, Pablo LUCAS VERDÚ: *Curso de Derecho político*, Tecnos, Madrid, 1984. Véase también Raúl CANOSA USERA: “*Interpretación constitucional como modalidad del control del poder*”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Ob. Cit., págs. 43 y 44.

²⁹³ Entre otros, WRÓBLEWSKI indica que la interpretación constitucional comparte las características de cualquier interpretación jurídica pero que tiene sus particularidades. Jerzy WRÓBLEWSKI: *Ob. Cit.* pág. 102. Se trata de una cuestión verdaderamente discutida y que se ampliará al referir con carácter general al método en el subcapítulo III.3. También véase a favor FORSTHOF, citado Francisco RUBIO LLORENTE: “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del Poder*, Vol. III, Ob. Cit., pág. 1355, Javier JIMÉNEZ CAMPO: “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 3687, Riccardo GUASTINI: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Mínima Trotta, 2ª Edición, 2010, págs. 53 y ss., 66 y 67, Tomás REQUEJO LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 101 y ss., y 163 y ss. Claudina ORUNESU: Ob. Cit., págs. 62, 63 y 97, Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 41 y 42; aunque con alguna reserva relacionada con la posición de la Constitución, en lo sustancial, también parece acompañar esta tesis María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs. 42 y 43. En contra, entre otros, Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., págs. 17 y 18, Francisco RUBIO LLORENTE: “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del Poder*, Vol. III, Ob. Cit., págs. 1356 y 1357, Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 40.

²⁹⁴ Véase en este sentido Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit. págs. 128 y 129.

En el subcapítulo que antecede se refirió introductoriamente a la «apertura» como una nota no necesaria ni exclusiva de las disposiciones constitucionales, pero sí lo suficientemente potenciada en las Constituciones como para resaltarla y, sin temor a exagerar, identificarla como la base principal de la particularidad de énfasis de la interpretación constitucional. En cualquier caso, no obstante la interpretación de la Constitución toda es crucial para la interpretación de cada una de las formulaciones que la componen, debe centrarse el análisis en estas últimas como unidades básicas y para ello, por su dificultad, debe atenderse especialmente a las abiertas.

Con tal propósito, seguidamente se referirá sucintamente a la «apertura» asociada a una característica del lenguaje de las reglas jurídicas en general y al problema de la discrecionalidad del aplicador que ella suscita. Luego, de conformidad con las variables determinantes de la apertura constitucional antes destacadas, se distinguirán los tipos de normas jurídicas atendiendo principalmente a una gradación de su apertura -las denominadas reglas, principios y normas de fin-.

2.1. Apertura y discreción jurisdiccional.

1.1.1. Vaguedad, ambigüedad y textura abierta del lenguaje.

En los sistemas de fuentes formales, de creación deliberada del Derecho, las normas suelen expresarse por medios lingüísticos, a través de oraciones compuestas por palabras -símbolos- formuladas en un lenguaje natural. En la medida en que se aspira mediante las normas -al menos de las primarias- pautar prescripciones de comportamiento, por razones de efectividad suelen expresarse en el lenguaje comúnmente utilizado por los miembros de la comunidad política en cuestión, por ejemplo en el idioma castellano o el inglés²⁹⁵. De ello se sigue que los textos normativos no escapan a los defectos propios de los lenguajes ni a sus problemas en la interpretación. Puede desde ya avizorarse que en la medida en que la génesis de ciertos problemas es precisamente el lenguaje, ellos no aquejan solo a la normativa constitucional sino también a la consignada en cualquier fuente.

El significado de las oraciones depende del significado de sus palabras y de su específico ordenamiento, de modo que pueden generarse dificultades interpretativas

²⁹⁵ Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., págs. 245 a 247.

tanto de orden semántico como sintáctico, que no siempre son definitivas en tanto pueden muchas veces razonablemente despejarse apelando al contexto. Así, por ejemplo, pese a la ambigüedad de la palabra «cuentas», es evidente que su empleo en el artículo 228 de la Constitución uruguaya, que postula que la vigilancia y control de la gestión relativa a la Hacienda Pública estará a cargo de un Tribunal de Cuentas, no hace referencia a las piezas que componen un collar o un rosario.

No es unánime la terminología empleada para referir a los problemas referidos, prueba de ello lo constituye el particular sentido atribuido a la textura abierta por HART -que se mencionará en el punto siguiente-, pero con suficiente elocuencia pueden distinguirse casos de ambigüedad, de vaguedad y de textura abierta. Por presentarlo de una manera simplificada, la ambigüedad refiere a casos en los que existen dos significados de una palabra u oración, la vaguedad consiste en un problemas de delimitación del sentido por el tipo de palabras que componen una oración o enunciado -es necesariamente semántica- y la textura abierta es un fenómeno de vaguedad potencial -asociada a la «sorprendente realidad» y al tiempo-²⁹⁶.

Un enunciado puede ser semánticamente ambiguo por la polisemia de ciertas palabras, es decir, por poseer más de un significado. La ambigüedad puede consistir en una homonimia accidental -como la que existe entre banco como entidad financiera y como asiento- o bien en una homonimia en la que los significados guardan algún tipo de relación o afinidad, analógica o metafórica -v.gr. por referir a un caso aquí previamente analizado, la interpretación considerada como actividad o como su resultado-. Dos casos claros de ambigüedad de este tipo son por demás familiares para la dogmática *iuspublicista* uruguaya.

El primero de ellos refiere las concepciones de «Estado» contenidas en la Constitución uruguaya. En ocasiones se refiere a la comunidad política organizada, en otras a la persona jurídica pública mayor -conformada por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas y la Corte Electoral-, y en otras a un conjunto de personas jurídicas conformado por el Estado como persona jurídica, los Entes los Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales. Se trata de un caso verdaderamente útil a estos efectos explicativos en la medida en que el artículo 24 al

²⁹⁶ Sobre estos problemas véase Genaro CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ob. Cit., págs. 28 y siguientes, Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., págs. 260 a 268, Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 23 y ss.

regular la responsabilidad civil estatal utiliza en un mismo enunciado el vocablo en dos de los sentidos referidos, pues reza lo siguiente:

*«El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros en el ejercicio, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección»*²⁹⁷.

El segundo caso consiste en el también ambiguo empleo de la expresión «Poder Ejecutivo», que oficia como denominación del sistema orgánico al que predominantemente se le asigna la función administrativa y del órgano jerarca de dicho sistema, conformado por el Presidente de la República y los Ministros, de actuación en Consejo de Ministros o en Acuerdo del Presidente de la República y los Ministros que por la materia correspondan²⁹⁸.

Como se adelantó, la ambigüedad puede ser también sintáctica, de modo que no se funda en las palabras sino en su particular relacionamiento o conexión. Un caso típico de esta clase de problemas consiste en el uso de la conectiva «o», que puede considerarse igualmente una disyunción excluyente o incluyente²⁹⁹. Buena muestra de estas funciones puede observarse respectivamente en los artículos 73 y 74 de la Constitución uruguaya en materia de ciudadanía. Así, el artículo 73 utiliza la conectiva «o» en forma excluyente al sentar que los ciudadanos pueden ser naturales o legales -o se es una cosa o se es la otra-. Por su parte, el artículo 74 la utiliza en forma incluyente al establecer que son ciudadanos naturales además de los nacidos en el territorio los hijos de padre o madre orientales, pues comprende a los hijos de padre y madre orientales.

Es de utilidad seguir con el análisis del último artículo mencionado, pues presenta también otros aspectos de interés para explicar cuestiones de vaguedad y ambigüedad. El enunciado consigna lo siguiente:

«Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier parte del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o

²⁹⁷ Sobre el sentido de la palabra Estado en la Constitución uruguaya véase, entre otros, Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., págs. 7 y 8, y Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra “Estado” en los incisos 3º y 4º del art. 188 de la Constitución”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª Edición, FCU, Montevideo, 2008, pág., 682 y ss.

²⁹⁸ Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 225.

²⁹⁹ Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., pág. 262.

madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecinarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico».

El empleo de la palabra «orientales» suscita problemas, a la vez, de ambigüedad y de vaguedad. Respectivamente, se trata de una palabra que efectivamente admite diferentes significados y dependiendo del que finalmente se atribuya la solución puede resultar muy distinta, pero incluso asumiendo una única acepción su delimitación resulta imprecisa.

Es evidente que en la especie no se pretende referir a «orientales» como homónimo de «asiáticos», parece también claro que no se refiere a los ciudadanos del sexo masculino en un caso de ambigüedad por el género masculino del plural -ambos problemas de ambigüedad-. En el período de la colonia y de la incipiente independencia se denominaba «Banda Oriental» a la actual República Oriental del Uruguay. Nótese que aún en la denominación vigente del Estado se mantiene la palabra «oriental». Así la ambigüedad se supera fácilmente, en materia de nacionalidad o ciudadanía parece claro que el término oriental refiere a la pertenencia o vinculación a la comunidad uruguaya.

Pero persisten problemas de vaguedad. No es claro si por «oriental» debe entenderse al individuo nacido dentro del territorio uruguayo (un sentido restringido) o también a su descendencia inscripta en el Registro Cívico luego del avecinamiento (un sentido amplio). La polémica, aunque resuelta por una interpretación legislativa³⁰⁰ en el sentido restringido, resultó adecuadamente instaurada por KORZENIAK³⁰¹, que en consonancia con su tesitura amplia cuestiona la regularidad constitucional de la referida ley. Según la posición que se asuma, la cadena de ciudadanos naturales por el criterio de *ius sanguini* se cortará necesariamente a un paso del ciudadano por *ius soli*³⁰² o será posible una transmisión por consanguinidad potencialmente infinita -avecinamiento e inscripción mediante a lo largo de cada paso de la cadena-³⁰³.

La vaguedad consiste, pues, en la imprecisión del significado de algunas de las palabras o expresiones que forman parte de una oración, que depende de la

³⁰⁰ Véase la ley N° 16.021.

³⁰¹ Véase José KORZENIAK: Ob. Cit., págs. 364 y 365.

³⁰² Esta es la solución legislativa vigente, contenida en la ley N° 16.021. También es la posición mayoritaria en la doctrina. Véase Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*. Tomo I, Ob. Cit., págs. 410 y 411, del mismo autor: “Significación del vocablo ‘uruguayo’”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Tomo 55, número 1-2, págs. 41 y ss. Eduardo ESTEVA GALLICCHIO: “Los nacionales de la República Oriental del Uruguay según la ley 16.021”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T. V, número 30, págs. 620 a 625. Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 187. Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 755.

³⁰³ José KORZENIAK: Ob. Cit., págs. 364 y 365.

identificación y detalle de las propiedades que llevan a incluir un caso en el referente. Así, pueden darse casos en los que las propiedades en cuestión se presenten según grados sin que se establezca un límite cuantitativo, la vaguedad de continuo - relacionada con la paradoja del montón o de *sorites*³⁰⁴-. Otros en los que ciertas propiedades aisladamente consideradas pueden estar ausentes y sin embargo utilizarse la palabra por la presencia de otras propiedades relevantes, de tal forma que ninguna propiedad sería por sí sola indispensable sino que lo que permite la denotación es un determinado entrecruzamiento entre algunas de ellas, la vaguedad combinatoria³⁰⁵. Finalmente, casos en los que la propia elaboración de la lista de propiedades suficientes para el uso del término es dudosa o, si se prefiere, éstas son a la vez vagas o conformadas por definiciones incompletas.

En cualquier supuesto de vaguedad, en el que las palabras por alguna de las razones indicadas se utilicen en un modo fluctuante³⁰⁶, inevitablemente existirán tres zonas: (i) una de claridad conformada por hechos denotados con certeza, (ii) otra de oscuridad conformada por los hechos con certeza no denotados y, (iii) una zona de penumbra, conformada por casos cuya denotación por la palabra resulta dudosa. Es precisamente esta última la fuente principal de los problemas interpretativos que especialmente se suscitan respecto de las disposiciones constitucionales que refieren a «derechos».

Por último, cabe presentar un supuesto que no es estrictamente de vaguedad sino de potencial vaguedad del lenguaje, acuñado por WAISMANN y denominado *open texture* «textura abierta». Esta característica, a diferencia de las anteriores, es común prácticamente a la totalidad de las palabras empíricas -sino a todas³⁰⁷-, por más precisas que en determinado momento sean, pues admite la posibilidad de que acaezcan

³⁰⁴ Supongamos que una persona es considerada obesa y comienza a perder sistemáticamente un gramo por día. A partir de qué momento puedo dejar de considerarla como tal. ¿Un día lo era y al día siguiente deja de serlo por perder un gramo? ¿Cómo se fija ese límite?

³⁰⁵ WITTGENSTEIN menciona como ejemplo de este tipo de vaguedad a la palabra «juego», puesto que pese a que la lotería y el ajedrez son considerados juegos, la diversión no se da en la primera y el azar no se da en la segunda. Véase Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., pág. 265

³⁰⁶ Friederich WAISMANN: “Verifiability”, originalmente incluido en Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX, 1945, citado aquí por su versión reimpresa en *Logic and Language*, the First Series, 1951 publicada en www.ditext.com/waismann/verifiability.html, sexto párrafo.

³⁰⁷ El propio WAISMANN lo afirma con esa salvaguarda.

situaciones imprevistas o nuevas que al aparecer se presenten como supuestos dudosos de la aplicación de un término preexistente³⁰⁸.

2.1.2. Sobre conceptos, concepciones y mutaciones por vía interpretativa.

No sólo es necesaria cierta vaguedad por razones de generalidad de las reglas, sino que en determinados casos pueden utilizarse conscientemente ciertas expresiones «vagas» como recurso para albergar discusiones valorativas y posibilitar sus desarrollos posteriores. DWORKIN plantea una distinción de utilidad para explicar fenómenos de apertura deliberada como el que se registra en las Constituciones, más específicamente en las disposiciones de sus secciones dogmáticas. Así, contrapone «conceptos» y «concepciones». Los conceptos serían expresiones abstractas que refieren a algún valor y que determinan que el elenco de cosas o situaciones que representan se modifique con el tiempo³⁰⁹. Por su parte, las concepciones serían expresiones que refieran a cosas o situaciones concretas que pueden adscribirse a un concepto³¹⁰.

A efectos de dotar de mayor claridad al sentido del empleo de conceptos en las Constituciones, DWORKIN plantea una analogía entre la vocación normativa de un supuesto constituyente y la de un padre de familia que, pese a su extensión, vale la pena transcribir. Así, el autor estadounidense sostiene lo siguiente:

«Supongamos que, simplemente, digo a mis hijos que espero que no traten injustamente a otros seres humanos. Es indudable que tengo presentes ejemplos de conducta que me propongo desaprobar, pero no aceptaría que lo que quiero decir, mi

³⁰⁸ Friederich WAISMANN: Ob. Cit. Loc. Cit. Véase también Celia ABRIL: “Concepto de derecho y textura abierta en la teoría de Hart”, en *Biblioteca virtual CLACSO*, pág.283. Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., págs. 266 y 267.

³⁰⁹ Nótese que serían asimilables, pues, a la noción difundida de «conceptos jurídicos indeterminados». En buena medida también equiparables a los «conceptos esencialmente controvertidos». En este último caso, se tiende a indicar que no se trata de una cuestión de vaguedad en sentido estricto, destacando que es esencial a la categoría el carácter controversial y valorativo de las razones que compiten en torno al concepto. En principio tiendo a pensar que las notas referidas son adicionales y no excluyentes, que más allá de su relevancia no alteran que desde la perspectiva del lenguaje se trate de un caso de vaguedad. Asumiré dicha tesis a estos efectos, pero reconozco que requeriría un estudio mucho más profundo para un pronunciamiento definitivo sobre el punto. Sobre «conceptos esencialmente controvertidos» véase Marisa IGLESIAS VILA: “Los conceptos esencialmente controvertidos”, en *Revista DOXA*, número 23, 2000; Walter Bryce GALLIE: “Essentially contested concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956, págs. 167 a 198; Jeremy WALDRON: “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, V. 82, Issue 3, Article 3, May 1994, págs. 509 y ss.; Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 27 a 29.

³¹⁰ Ronald DWORKIN: *Los Derechos en Serio*, Ob. Cit., págs. 214 y ss. Del mismo autor: *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de teoría práctica*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2008, págs. 60 y 61. Título del original en inglés, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986.

significado se limitara a esos ejemplos por dos razones. La primera, que esperaba que mis hijos aplicaran mis instrucciones a situaciones en las que yo no había pensado ni podía haber pensado. La segunda, que estoy dispuesto a admitir que algún acto particular, que cuando hablé me había parecido justo, era en realidad injusto, o viceversa, si posteriormente uno de mis hijos es capaz de convencerme de ello; en ese caso, querría decir que mis instrucciones abarcaban el caso que él citara, no que yo había cambiado mis instrucciones. Podría decir que mi intención era que la familia se guiara por el concepto de equidad, no por ninguna concepción específica de la equidad que yo pudiera haber tenido en la cabeza»³¹¹.

Las formulaciones constitucionales rígidas y abstractas sobre derechos, en tanto representaciones de valores de la comunidad a preservar con relativa estabilidad en una realidad cambiante, deberían consistentemente leerse en el sentido indicado -como «conceptos»-, concretándose de tiempo en tiempo y asegurándose una versión actualizada en lo específico.

No son convincentes las posiciones interpretativas «originalistas», que en el sentido contrario al indicado se proponen cerrar las alternativas interpretativas³¹², exigiendo para ello un ligamen con el momento del perfeccionamiento del acto constitucional. Buscan así restringir el margen de apreciación del intérprete judicial –construyendo con ello también al legislador- y, para conseguirlo, postulan como método acudir a la semántica predominante en la comunidad en ese entonces o bien -en un intento de reconstrucción por demás cuestionable- a la voluntad del constituyente.

No es para nada claro que posicionar la discusión en el pasado evite controversias, es más, ni siquiera es claro que el recurso al pasado implique estancarse en él. Incluso desde la perspectiva retrospectiva propuesta fracasa el «originalismo» estratégicamente utilizado para proveer soluciones de detalle, pues debería acreditar algo que parece verdaderamente difícil, que se acudió como recurso a la abstracción con intención específica y omitiendo el dato del cambio social.

Independientemente de las puntuales concepciones de la época de la elaboración constitucional, lo cierto es que en la Constitución se suelen plasmar conceptos -que por definición admiten diversas concepciones-. Difícilmente pueda corroborarse esta disquisición entre intenciones abstractas y específicas, pero una de ellas es notoriamente

³¹¹ Ronald DWORKIN: *Los Derechos en Serio*, Ob. Cit., pág 214.

³¹² Por las tesis «originalistas» véase como autores destacados a Antonin SCALIA: “Originalism: The Lesser Evil”, *Cincinnati Law Review*, v. 57, 1989, págs. 849 y ss; y Robert H. BORK: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York: The Free Press, 1990.

más razonable que la otra. En otras palabras, la mutabilidad por vía interpretativa puede también plausiblemente fundarse desde el propio «originalismo».

2.1.3. Apertura de las reglas e indeterminación parcial.

En este apartado se seguirá en lo fundamental la posición de HART, quien tomando como base el problema de la vaguedad y de la textura abierta del lenguaje -no distinguidos con suficiente claridad en su obra³¹³-, y considerando la necesaria generalidad y abstracción de las normas principales en los sistemas jurídicos modernos, plantea la inevitabilidad de discreción del decisor respecto de algunos casos concretos sometidos a su resolución. Así, atribuye a las reglas, generales y abstractas, una inevitable apertura o textura abierta -de las reglas no ya de las palabras- y en relación con ella su necesaria indeterminación parcial o relativa. Se asume respecto de ellas la existencia de zonas regladas y de discrecionalidad de los órganos encargados de aplicarlas, en última instancia de los órganos jurisdiccionales.

Tal postura se encuentra a medio camino entre las teorías escépticas de las reglas -de la indeterminación radical- y las negadoras de la indeterminación -que rechazan la discreción jurisdiccional-. Ante estas últimas opuestas y extremas tesis sobre la indeterminación, el «Caribdis» y el «Escila» de la teoría jurídica³¹⁴, o bien la «pesadilla» y el «noble sueño» en la analogía onírica posteriormente propuesta por HART³¹⁵, la verdad se posicionaría en el medio.

Ni los jueces «crean» siempre exclusivamente y en forma irrestricta el Derecho, ni siempre en forma casi automática lo aplican sin que existan supuestos de «creación» jurisdiccional. En continuación de la metáfora trazada por el profesor inglés, MORESO denomina a esta tesis de la indeterminación relativa como la «vigilia»³¹⁶.

El problema puede enfocarse desde diversas perspectivas y un tratamiento completo del tema debería implicar un pronunciamiento sobre determinadas tesis

³¹³ Véase Celia ABRIL: Ob. Cit., pág.281 y ss.

³¹⁴ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág., 183.

³¹⁵ H.L.A. HART: “American Jurisprudence through English eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, (1977), citado por su inclusión en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 144. Véase también Nelson OTTONELLI: “Interpretación jurídica y decisión judicial: La indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy”, en *Revista Ruptura*, Número 6, FCU, Montevideo, 2015, págs. 203 y ss.

³¹⁶ Juan José MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Segunda edición ampliada, Palestra, Perú, 2014, págs. 159 y 186 y ss.

metafísicas, semánticas, lógicas y jurídicas respecto de cada una de las posiciones³¹⁷. Sin embargo, por razones de demarcación del objeto del trabajo, de especialización, y por resultar la postura intermedia introducida la que mejor representa la manera en la que en la práctica se opera con las disposiciones que contienen reglas generales, se partirá de dicha posición. Se lo hará, además, salvo alguna excepción, desde un enfoque más modesto y pretendidamente jurídico.

Por su parte, la teoría de la indeterminación parcial, derivada del lenguaje en el que se expresan las normas, no refiere exclusivamente a las normas constitucionales, es más, ni siquiera puede afirmarse que aplique a todas ellas -pues pueden también ser concretas o particulares³¹⁸-. Comprende a todas las reglas, sin importar su fuente, en tanto sean generales, de manera que no existiría una diferencia en este punto entre aquellas y las restantes normas del ordenamiento jurídico que compartan las características referidas, es decir, que sean actos regla conforme la clasificación material de actos jurídicos sistematizada por la doctrina francesa³¹⁹. Apúntese que las normas concretas pueden ser imprecisas y en tanto imprecisas injustificadamente abiertas, pero por razones de ambigüedad semántica o sintáctica, diferentes a la particular combinación de la abstracción y textura abierta en sentido estricto que el Profesor de Oxford desarrolla al centrar su análisis en reglas generales.

En grupos o comunidades numerosas el principal instrumento de control social son las pautas o normas generales³²⁰, que se comunican por referencia a clases de personas, de actos, de cosas y circunstancias, a efectos de que sin necesidad de instruir caso a caso puedan ser comprendidas por muchos individuos como mandatos de comportamiento. Como indica HART, sin esta posibilidad de mensajes generales y la capacidad de ver en ellos personas, actos, cosas y circunstancias particulares, nada de lo que se reconoce como Derecho podría existir³²¹. En otras palabras, en la medida en que existen notorias limitaciones que impiden dirigir mensajes a todos los sujetos sobre

³¹⁷ Véase una muy buena y concisa explicación y crítica de las diferentes tesis en Juan José MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 160 y 161. Véase también Claudina ORUNESU: Ob. Cit. págs. 30 y ss.

³¹⁸ Las normas de competencia, suelen ser particulares y en ocasiones además concretas. Es usual que normas concretas se incluyan en las llamadas disposiciones transitorias y especiales. Tómese como ejemplo la disposición transitoria P de la Constitución uruguaya.

³¹⁹ Véase Enrique SAYAGUÉS LASO: *Tratado de Derecho Administrativo*, Ob. Cit., págs. 44 y ss.

³²⁰ Es común diferenciar entre generalidad y abstracción de las normas, sentando que en el primer caso se incluye una categoría indeterminada de sujetos y en el segundo una categoría indeterminada de casos. Un ejemplo de ello es la clasificación de actos administrativos incluida en el Decreto 500/991 del Poder Ejecutivo uruguayo. De aquí en más, en la medida en que la raíz de ambas categorías es la abstracción en un sentido amplio, se manejarán indistintamente.

³²¹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 155.

todos los posibles casos particularmente, se apela a la capacidad humana de abstracción para que un ordenamiento jurídico en comunidades extensas sea viable.

Así, en todos los campos de experiencia, en tanto acuden a un lenguaje, no sólo en lo que refiere a las reglas jurídicas, habrá casos particulares obvios en los que la derivación de una expresión general o su exclusión no resulta dudosa. Las palabras generales no servirían como instrumento de comunicación si no existieran casos familiares no controversiales, un «núcleo de certeza», compuesto por las zonas de claridad y oscuridad, respectivamente de inclusión o exclusión indubitable. Pero habrá también otros casos en los que no resulte claro si dicha expresión les alcanza o no, la «zona de penumbra».

Como sostiene HART, hay un límite a la orientación que el lenguaje abstracto no puede proporcionar y de presentarse ese punto en el que no existe convención firme sobre su sentido -por repetirse constantemente en contextos semejantes- entonces el encargado de resolver tendrá que llevar a cabo una elección entre una serie de alternativas abiertas³²². De ello se sigue un ámbito discrecional, que no deja de ser una elección, aunque ello no significa que pueda ser irracional o arbitraria³²³.

El típico ejemplo que se reitera en los libros de introducción a la teoría del derecho es el de la prohibición de circular con vehículos en un parque. Nadie duda que la prohibición comprende al tránsito en automóvil y que no comprende el tránsito peatonal, son casos claros, respectivamente de comprensión y exclusión de la regla, pero es dudoso si se encuentra o no vedado el uso de patines o de un triciclo. No es diferente el análisis, más allá de particularidades que oportunamente se analizarán, si se toman casos en los que las normas generales contengan conceptos con una carga axiológica -de los que se suelen denominar principios-, incluso en casos constitucionales insignia, como las cláusulas que refieren con generalidad al derecho a la libertad de expresión o de prensa.

Así, nadie dudaría que bajo la formulación referida se encuentra permitido publicar información veraz que refiera a una red de narcotráfico manejada por el Presidente del Gobierno desde sus oficinas oficiales. Tampoco parece discutible que se encuentra prohibido publicar videos falsos de individuos sin relevancia pública

³²² H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., págs. 157 y 158.

³²³ IDEM, pág. 159. Esta tesis de la racionalidad, parecería que no es otra cosa que la necesaria exigencia de una fundamentación de la opción escogida, que podría coincidir con versiones débiles de la llamada tesis de la respuesta correcta. Seguidamente, en el punto III.2.1.4 se referirá con mayor dedicación a este punto.

manteniendo relaciones sexuales en su hogar. Pero es bastante más dudoso si puede o no publicarse información veraz sobre el consumo de drogas por parte de un diputado en clubes nocturnos privados, fuera del ejercicio de sus funciones.

La interpretación de un determinado texto normativo, observado en su generalidad, es decir, no considerando el problema a partir de un caso sino de todos los casos que se comprenden bajo la regla, se encuentra acotada en la medida en que existen casos paradigmáticos, sin los cuales los términos en cuestión no tendrían eficacia comunicativa alguna.

Por su parte, si se realiza una interpretación en concreto, enfocada al cuestionamiento sobre un específico caso, aun cuando *a priori* pueda ubicarse en la zona de penumbra, una ejecución más detenida de los cánones de interpretación, podría conducir en ocasiones a soluciones unívocas o al menos más convincentes que otras una vez que se enmarca el análisis. No debe perderse de vista que el precepto del que se parte no se encuentra aislado sino insertado en un ordenamiento que puede proveer delimitaciones más o menos precisas.

No puede afirmarse con certeza en todos los casos que de la interpretación se derive una solución absolutamente incontrovertible³²⁴. No sólo porque los sistemas no son siempre completos³²⁵ y coherentes³²⁶ -son diseñados por hombres y, además, a lo largo del tiempo-, sino, entre otras cosas, porque suele discreparse sobre los propios métodos de interpretación y de aplicación³²⁷, pese a que con relativo consenso se los

³²⁴ Podría sustituirse el término «incontrovertible» por «correcta» en alusión a la teoría de la respuesta correcta planteada por DWORKIN. De momento es preferible no utilizar dicho término que suele generar confusiones, pues refiere también a tesis epistemológicas y lógicas, que exceden el objeto de este trabajo. Lo que principalmente cabe aquí rescatar es una actitud interna que desarrollará en el punto siguiente. Véase Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 146.

³²⁵ Podrían serlo si se introduce una cláusula de clausura, como el principio de libertad de los individuos. Véase Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 249 y ss. En verdad sería también discutible en esos casos la propia completitud, pero no cabe aquí explayarse en el punto.

³²⁶ No sólo en el sentido lógico normativo -referente a las antinomias- como el que proponen ALCHOURRÓN y BULYGIN, sino, también como unidad de sentido que se derivaría de un ordenamiento que provea soluciones igualitarias a los casos. Nótese que la propia igualdad o coherencia -que podría consagrarse normativamente- también es, en tanto referente genérico, objeto de zonas de certeza y de dudas.

³²⁷ Una buena muestra de lo indicado es el relevamiento que realiza SAGÜÉS de la alternancia en el empleo de criterios interpretativos por la Corte Suprema Argentina. No sólo se discrepa sobre los criterios interpretativos sino que indiscriminadamente se alterna en su utilización. Néstor Pedro SAGÜÉS: “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 1, 2004. Véase una buena crítica a la situación referida en Roberto GARGARELLA: “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación de la Constitución en manos de la Corte Suprema Argentina”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/6.pdf>, págs. 53 y ss.

identifique como instrumentos racionales, en buena medida dirigidos a configurar el sistema en términos de racionalidad.

Ni siquiera con la consignación normativa formal de los criterios interpretativos referidos se asegura que existan soluciones manifiestamente indisputadas, entre otras cosas, porque ellos son a su turno normas generales con casos claramente comprendidos y de los otros³²⁸. La divergencia mencionada en este plano no es lo suficientemente fuerte para evitar que existan casos claros, pues insisto en que los hay³²⁹, pero quizás explica una propensión a que los casos sean, si no difíciles en un sentido fuerte, de solución compleja.

2.1.4. Apertura, interpretación y discrecionalidad interna en sentido débil y fuerte.

De acuerdo a lo indicado previamente, pueden existir casos difíciles, es decir, casos en los que se presentan dudas insalvables para identificar si una regla general los comprende o, en otras palabras, para determinar si una regla particular que solucione el caso en un sentido pertenece al sistema por derivación de una norma general. En dichos casos, ante su planteamiento jurisdiccional, se afirmó sin mayores explicaciones que el juez posee discrecionalidad. Ahora bien, es necesario profundizar la pesquisa, cuestionarse sobre los casos difíciles y sobre el alcance de la discrecionalidad y para ello se analizará el asunto desde una doble perspectiva, una externa y una interna.

El límite entre los casos difíciles y los casos fáciles constituye un caso difícil. Presentado el problema de una manera simpática, ello se debe a que la vaguedad es vaga -técnicamente, a la vaguedad de segundo orden-³³⁰. ¿En qué momento puede con certeza afirmarse que una solución no es en lo absoluto controvertible? La interrogante parece poner en aprietos la tesis de la indeterminación parcial, pero en tanto también sabemos que la vaguedad algo es pese a ser vaga y que nos comunicamos razonablemente apelando a su uso y a términos que la revisten, verdaderamente no se la compromete³³¹. Aun así, resta analizar cómo se llega a determinar que un caso es difícil y para ello debe

³²⁸ Ello sin perjuicio del problema previo de la definición del método de interpretación de tales disposiciones. Reconozco que es un formalismo, porque el método se presupone con relativa fidelidad de antemano, pero se encierra una suerte de paradoja en la interpretación de enunciados sobre interpretación.

³²⁹ Creo no exagerar si afirmo que nadie sensatamente podría negar, por ejemplo, la indiscutible inclusión en la libertad de prensa del caso planteado de la divulgación de información veraz sobre un Presidente que dirige una red de narcotráfico secreto desde la estructura gubernamental.

³³⁰ María Cristina REDONDO: "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", *Revista DOXA*, número 20, 1997, pág. 191.

³³¹ Remito en este punto a los trabajos de MORESO y ORUNESO mencionados en la nota al pie 311.

considerarse el paso de la interpretación de los textos normativos, pues la tarea de atribución de significado es precisamente la que resulta sensible a las dudas sobre el alcance de una regla. No puede determinarse si un caso es fácil o difícil sin previamente haberse realizado por alguien, en algún momento, un proceso interpretativo en el sentido amplio que aquí se asume, de modo que no parece nada desdeñable dicho punto de vista.

Si un observador externo del funcionamiento del sistema se cuestiona sobre la dificultad de un caso, no podría obtener una respuesta sino apelando a recabar información de los operadores -de los participantes de la práctica-, por ejemplo, encuestando a jueces, abogados, partes litigantes y académicos, o realizando experimentos con casos similares y reacciones. Ello puede tener una utilidad, pero también interesa el problema desde la perspectiva de estos últimos, la interna, y la protagonista desde esas tiendas es la interpretación.

Puede externamente concluirse que cierto caso es difícil y la discreción asociada a la indeterminación presentarse como la posibilidad que un juez tiene de resolverlo en un sentido o en otro. Sin embargo, la constatación de la práctica no será del todo completa en tanto no se tome en cuenta el fenómeno interpretativo como paso previo en una práctica continua. Podría replantearse el punto indicando que el juez, ante las dudas sobre el Derecho y la existencia de criterios interpretativos alternativos que sean razonablemente admitidos, puede resolver en el sentido que prefiera siempre que argumente a partir de ciertas bases formales y en función de algunos de esos criterios. Presentando así la solución arribada como la mejor a partir de los materiales jurídicos de los que parte, o bien simplemente como una posible solución en caso de desempate ante alternativas de idéntica bondad conforme una interpretación consistente.

Asumiendo entonces esta visión ajustada de la mirada externa, considerando que el Derecho requiere inevitablemente de interpretación, es más preciso explicar el problema no como un caso en el que el juez «puede» sin ser responsabilizado, sancionado o fuertemente criticado por la generalidad de practicantes resolver en cualquier sentido; sino como uno en el que éste «puede» optar entre criterios razonables y efectuar una argumentación que plausiblemente conduzca a una solución, pese a que otras argumentaciones también razonables, aunque a su juicio menos convincentes, podrían conducir a otras soluciones.

En el dominio interno, parecería que cuando se efectúa una interpretación y no otra, en principio no se lo hace caprichosamente ni apelando al subjetivismo más

descarnado. Las decisiones parecen tomarse y respaldarse en virtud de una determinada teoría o postura sobre el sistema de fuentes -de adhesión inevitablemente subjetiva pero no descarnada- que en mayor o menor medida supone su apego y cuya explicitación es debida en términos jurídicos. En un terreno descriptivo, que debería corroborarse empíricamente, intuyo que la solución efectivamente es la indicada. En un terreno prescriptivo, entiendo que así debe ser.

Debería todavía indagarse más y distinguirse si quien juzga parte de una solución y construye una argumentación razonable, descartándola eventualmente en los casos en los que no resulte posible sustentarla, o si se efectúa una interpretación desde determinadas posturas con vocación de coherencia que conducen a la solución³³². Más aún, cabría a su vez cuestionarse si en el primer caso indicado, que se enfoca de plano en la solución, ello es gestado por una «preconcepción» -que es en última instancia interpretativa aunque pasada-, si es meramente una reacción emotiva, una opción por una moral subjetiva pura y dura o si, como parecería ser, responde a la combinación de tales causas con diferente peso.

Un caso difícil en un sentido estricto -de dudas insuperables-, debería considerarse internamente al final del camino, toda vez que un operador, luego de interpretar un texto normativo, considerando las disposiciones pertinentes y su contexto con afán de coherencia, concluya genuinamente -todo lo que su naturaleza humana le permita- que existen argumentos de idéntico peso para concluir que no existe ni puede derivarse del sistema una regla que establezca una solución u otra para un caso. La discreción en estos casos lo es en un sentido fuerte, en la medida en que el aplicador del Derecho sentirá que puede resolver, sin más, en cualquier sentido.

Pero el trecho interpretativo que permite llegar a esa extraña situación, para quienes trabajamos con el Derecho resulta realmente largo. Si se parte del comienzo del camino y no de su final, lo cierto es que se abordará el sistema normativo para intentar despejar las dudas -que por lo general las habrá y muchas- y solucionar el caso de la forma que resulte más consistente en función de los materiales jurídicos disponibles. Desde esta otra vereda, la discreción se ve de manera diferente, como el cumplimiento

³³² Tan complejo es definirlo que ZAGREBELSKY, que además de ser un destacado jurista, fue magistrado de la Corte Constitucional italiana, indica que se parte del caso -no me queda claro si se refiere a una idea sobre su solución- y que luego se busca en las reglas para volver a él en un procedimiento bipolar que adecúa las exigencias del caso -¿una idea sobre su resolución?- y las pretensiones de las reglas -¿qué pretensiones?-. Véase Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., págs. 133 y 134. Del mismo autor: *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Ob.Cit., pág. 201 y ss.

de un «deber» de justificar la opción por la solución más convincente en función de una argumentación jurídica que presente al sistema de la forma más coherente, en supuestos que implican más laboriosidad en la tarea y que suponen manejar opciones -discreción en sentido débil-³³³. Ello no implica desconocer el infranqueable límite de la excepcional paridad al final del camino, en cuyo caso la discreción lo es forzosamente en sentido fuerte, pese a que por razones pragmáticas y morales pueda discutirse si conviene o no explicitarlo³³⁴.

En la mayoría de los casos no puede con sinceridad afirmarse que una respuesta no admita dudas o que sea inequívoca, lo que equivale a afirmar que son al menos dos las soluciones posibles conforme interpretaciones razonables de materiales del ordenamiento. Empero, en la medida en que por lo general es posible que se perciban posturas más razonables que otras, fundamentalmente al cotejar argumentaciones y las bases escogidas para formularlas a partir de una idea regulativa de coherencia, en casos *a priori* borrosos no es atinado afirmar que el asunto pueda resolverse de cualquier manera, es decir, en forma azarosa o tirando una moneda³³⁵.

El punto de inflexión para admitir prescriptivamente la discreción en sentido fuerte desde una perspectiva interna no puede ser cualquier vacilación en el proceso interpretativo. Entre otras cosas, porque no hay razones para resignar la búsqueda de una solución que al magistrado le resulta impuesta con base en determinadas fuentes que conforman un sistema con pretensión de consistencia, siendo que lo que en parte está en juego es la propia calificación del caso como fácil o difícil ante una barrera de ubicación dinámica.

Resta relacionar estas reflexiones con las tesis de la respuesta correcta, pues no puede esconderse su conexión, para luego sí, finalmente, ordenar un poco las ideas en forma sintética. Las posiciones sobre la única respuesta correcta, esto es, que analizan si

³³³ Sobre el sentido débil y fuerte de la discreción véase Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., págs. 84, 85, 452 y 453.

³³⁴ Dudo que verdaderamente se presenten casos en los que se logre una convicción de absoluta paridad entre opciones, pero de ser ese el caso, explicitarlo sin más puede llegar a resultar nocivo. Por ejemplo, parece difícil de aceptar para un usuario del sistema judicial que no recibirá un medicamento reclamado que puede salvar su vida, que se le indique que su situación se resolvió azarosamente, alegando que en realidad existían dudas insalvables en la interpretación del Derecho positivo aplicable al caso y que se escogió la alternativa que conduce indefectiblemente a su muerte porque de alguna forma había que resolver. El ejemplo es algo radical y probablemente el individuo en cuestión esté con razón decepcionado en cualquier caso, pero al menos se espera que si se escoge una opción para conformar una solución judicial, se indique que las razones que la sustentan son de más peso que las que se oponen a ella. En esa búsqueda parece difícil que no se alcance una convicción genuina.

³³⁵ Guzmán RODRÍGUEZ CARRAU: “No tirarás la moneda: términos jurídicos, vaguedad y el deber de los jueces de juzgar, pase lo que pase”, en *Revista Ruptura*, Número 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

necesariamente existe siempre una única solución jurídica para un caso, pueden ordenarse gradualmente. En un extremo es posible ubicar a quienes la consideran indiscutible en tanto se puede extraer de los principios del derecho natural y en el otro a quienes la niegan radicalmente postulando que la idea es absurda y que no es más que un recurso ideológico para enmascarar el poder político de los jueces.

Es posible identificar entre las tesis indicadas unas cuantas posiciones intermedias³³⁶, entre las que destaca la propuesta originalmente por DWORKIN. El autor norteamericano sostiene que la respuesta correcta existe en tanto el Derecho -como práctica- además de reglas se compone de valores y principios, y la solución adecuada para un caso consiste en la mejor interpretación posible de los materiales jurídicos en función de los valores y principios referidos, que contribuyen a presentar al a práctica jurídica «bajo su mejor luz». Si se prefiere, conforme una teoría moral y política adecuada, que tenga en cuenta el desarrollo de la práctica y que dote de consistencia a los materiales³³⁷. No se pretende aquí recoger la tesis *dworkiniana* de la respuesta correcta en su totalidad, que como se indicó se conecta con otra serie de postulados que no se comparten, como la existencia de principios como estándares diferentes de las normas en sentido estricto, ni de admitir las posiciones epistemológicas que asume. Sin embargo, se suscribe sí el sustrato de su gran aporte, la importancia de no omitir la perspectiva interna y concebir el Derecho interpretativamente y como integridad³³⁸. En forma menos ambiciosa y sin contienda con la tesis de la indeterminación parcial conviene destacar lo siguiente:

(i) que pese a que existen casos claros y difíciles el límite es impreciso³³⁹, potencialmente cambiante y que para ubicarlo se requiere de una interpretación. De ello se sigue que el decisor debe en cualquier caso justificar su decisión en los materiales del

³³⁶ Manuel ATIENZA: “Sobre la única respuesta correcta”, en AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, págs. 56 a 59.

³³⁷ Ronald DWORKIN: “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?”, en *Una cuestión de principios*, Ob. Cit., págs. 159 y ss. Véase del mismo autor también *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de teoría práctica*, Ob. Cit., págs. 164 y 165.

³³⁸ A mi juicio tal concepción, depurada, no hiere al positivismo. Las complejidades añadidas no dejan de tener como punto de partida fuentes formales, entre otras, las normas de competencia que confieren potestad a los jueces y los llamados «principios» contenidos formalmente en Constituciones o inferidos del sistema.

³³⁹ En similar sentido, evidenciando dificultades de la distinción, STRECK indica que no se tiene en cuenta la existencia de un acontecer en el precomprender, en el cual el caso simple y el caso difícil se enraízan. Lenio Luiz STRECK: *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2012, pág. 284 y 285.

sistema con afán de consistencia -en una de esas hay más casos claros de los que parecen y las confusiones resultan superfluas-;

(ii) que desde una perspectiva interna efectivamente se parte de una convicción teórica sobre el sistema y su interpretación -técnica-³⁴⁰. Desde esos postulados es que se determinan soluciones a casos concretos descartando por lo general otras menos convincentes. La discreción lo será predominantemente en un sentido débil;

(iii) que en la medida en que es posible que un intérprete efectivamente concluya que un caso puede no tener solución, entonces sí existirá discrecionalidad en sentido fuerte, aunque parece algo excepcional³⁴¹;

(iv) que partiendo de la discrecionalidad desde una perspectiva externa, no parece adecuado extraer conclusiones más allá de lo que se observa. Si bien es cierto que dos magistrados pueden resolver un idéntico caso de forma distinta sin incumplir ninguna norma, no lo es que no incumplan ninguna norma si no argumentan hasta las últimas consecuencias y bajo una teoría coherente las razones de su decisión a partir de una interpretación consistente de los materiales jurídicos. En los sistemas modernos las decisiones infundadas son ilegítimas en tanto pueden determinar su invalidez y desencadenar responsabilidad y sanciones para el decisor;

(v) la posibilidad de utilizar la «maleabilidad» o «ductilidad» del derecho³⁴² -en puridad en las zonas de penumbra- para esconder bajo argumentaciones lo que caprichosamente el intérprete por alguna razón prefiere es en cierto punto inevitable, pero no es necesariamente la forma en la que los jueces habitualmente actúan. Aunque se llegue a reconocer que primero avizoran la solución del caso, ello puede en buena medida deberse a una preconcepción de un sistema que les es familiar -previamente interpretado conforme unos presupuestos teóricos y técnicos consistentes- y no a su arbitrio a secas luego camuflado³⁴³. En cualquier caso, si hay algo que es claro en todo

³⁴⁰ Debe resaltarse que la teoría y la técnica en sus grandes trazos no suelen ser generalmente controvertidas en una comunidad jurídica, pero pueden serlo, y con más frecuencia -aunque tampoco necesariamente- lo son en su concretización por diferentes sujetos.

³⁴¹ Véase Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Alejandro NIETO: *El Derecho y el revés*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pág. 136, Tomás Ramón FERNÁNDEZ: “Respuesta a Manuel Atienza”, en *Revista DOXA*, número 23, págs. 756, 759 y 760. Allí el prestigioso administrativista sostiene que en treinta años de ejercicio únicamente en un caso consideró que dos soluciones eran igualmente correctas, es decir, que el problema no tenía solución. Manuel ATIENZA: “Sobre la única respuesta correcta”, en *Ob. Cit.*, págs. 71 y 72. Del mismo autor: “El sentido del Derecho. Carta a Tomás Ramón Fernández”, en *Revista DOXA*, número 23, págs. 737 y siguientes.

³⁴² Según la terminología de Gustavo ZAGREBELZKY. Véase Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *Ob. Cit.*, pág. 14. Del mismo autor, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, *Ob. Cit.*, págs. 226.

³⁴³ En el mismo sentido H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, *Ob. Cit.*, pág. 175.

esto es que dichas notas psicológicas y su peso más o menos determinante para la resolución de un caso no son de fácil acreditación.

Si quisiera catalogarse el planteo formulado bajo una postura en relación con la respuesta correcta, que insisto es confuso por sus múltiples aristas, pero absolutamente frecuente, debería concluirse que ésta no es más que un ideal regulativo desde la perspectiva interna³⁴⁴, apoyado en un afán de coherencia y conducido por un método que, al menos en ese aspecto básico de racionalidad, parece generalmente admitido y acota el margen de apreciación.

Considerada como un resultado efectivo, en el marco de la admisión de una indeterminación parcial del Derecho y de la posibilidad de análisis desde una perspectiva interna y externa, la respuesta correcta es de hallazgo contingente. Aparentemente preponderante desde la mirada del intérprete por las razones antedichas, y más excepcional desde una mirada externa incompleta, esto es, conforme una verificación de casos unívocamente resueltos por la generalidad de los operadores.

2.2. Sobre reglas, principios, normas de fin y delimitación.

Otra línea de sustento de particularidades de la Constitución y de su interpretación apunta a destacar una diferencia en el tipo de normas -en sentido amplio- que la componen. Así, es frecuente sostener que buena parte de las disposiciones constitucionales, en especial las que contienen derechos, consagran «principios» en vez de «reglas» y que su aplicación difiere de la de estas últimas.

No obstante su importancia operativa, de antemano cabe adelantar que no me parecen del todo persuasivas las tesis de una distinción estructural entre reglas y principios. Efectivamente existen unas características, una destacada apertura y carga emotiva ligada a la axiología de las disposiciones constitucionales³⁴⁵ que así suelen

³⁴⁴ Véase en similar sentido Robert ALEXY: “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, en *Revista DOXA*, número 5, 1988, pág.151. «La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas».

³⁴⁵ Nuevamente, no se trata de una cuestión monopólica de las disposiciones constitucionales, pues existen normas de las que se suelen denominar principios contenidas en leyes, pero es innegable su

calificarse, pero en puridad éstas se relacionan con las razones indicadas en los subcapítulos que anteceden en materia interpretativa. Sin dudas las formulaciones de «principios» aquejan a la interpretación constitucional y con singular intensidad, pero no son cosas sustancialmente distintas de las que formulan reglas.

El concepto de «principio» o «principio jurídico» dista de ser utilizado unívocamente. Así, CARRIÓ³⁴⁶ menciona once y ATIENZA y RUIZ MANERO³⁴⁷ seis acepciones del término, aunque no puede dejar de reconocerse que presentan ciertos rasgos comunes y que en ocasiones se solapan³⁴⁸.

Se presentará brevemente en este capítulo la concepción de los principios como una subespecie de normas jurídicas esencialmente diferentes de las reglas, desarrollada en las últimas décadas y actualmente difundida no sólo en la teoría sino en la dogmática constitucional -más específicamente de los derechos fundamentales-; para luego intentar demostrar que no es satisfactoria la tesis de las diferencias de estructura entre ambas categorías³⁴⁹. No se pretende con ello conspirar contra su importancia en la argumentación constitucional, simplemente reflexionar sobre una concepción predominante que describe bien como operan los principios pero que proporciona explicaciones que resultan algo oscuras.

En tal entendido, estrictamente no podría de la apelación a los principios extraerse consecuencias novedosas para la interpretación de la Constitución, aunque, vale insistir, sí interesan a tales efectos las características de las disposiciones constitucionales previamente reseñadas que subyacen tras la categoría.

En definitiva, el punto a remarcar es que la apertura constitucional, en el sentido antes indicado, no puede fundarse en la existencia de principios como normas jurídicas estructuralmente diferentes. Las razones de la apertura en estos casos no son otras que las semánticas y conceptuales mencionadas, y sus supuestas colisiones, que usualmente se destacan como su nota distintiva, son mejor explicadas como manifestaciones de dificultades en la delimitación derivadas de tales características. Eventualmente

concentración en la Constitución. Son, además, precisamente estos casos los que aquí mayormente interesa considerar.

³⁴⁶ Genaro R. CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ob. Cit., págs. 210 a 212.

³⁴⁷ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: Ob. Cit., págs. 3 y 4.

³⁴⁸ Es atinada la observación de ALEXY que ante la pluralidad y falta de claridad de supuestas notas distintivas de los principios cabe apelar para referir a ellos al concepto de wittgsteiniano de parecido de familia. Véase Robert ALEXY: *Teoría de los derechos Fundamentales*, Ob. Cit., pág. 67. Por su parte GUASTINI, ante la falta de acuerdos sobre su definición, destaca como rasgo común de los «principios» su indeterminación y su carácter fundamental. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 190.

³⁴⁹ Lenio Luiz STRECK: Ob. Cit., págs. 230 y 231.

potenciadas, además, por la circunstancia -usual en las disposiciones constitucionales- de coincidencia de rango y temporalidad.

Así, no se atenderán posibles distinciones que pueden derivarse de ciertas acepciones basadas en su contenido específico -según refieran a conductas, al otorgamiento de poderes, a sentar definiciones o criterios de aplicación del Derecho-, ni en sus destinatarios -los poderes públicos, intérpretes en tanto tales o cualquier persona física o jurídica-. Ninguna de estas notas implica una postura sobre los principios como categoría autónoma que, al menos a primera vista, pueda impactar en la tarea interpretativa que aquí interesa.

En relación con la fuente, simplemente debe estipularse que se asumirá la positividad de los principios aunque no sean explícitos -tampoco las denominadas reglas necesariamente lo son-, por la aceptación de su inferencia a partir de normas consignadas por escrito en función de fuentes reconocidas, entre ellas los principios explícitos que abundan en las Constituciones modernas. De todas formas, en ciertos casos podrían eventualmente admitirse directamente como presupuestos para la práctica jurídica de acuerdo con la regla de reconocimiento³⁵⁰.

Es importante despejar también posibles confusiones con las normas de fin, en la medida en que el término en ocasiones se utiliza para aludir a ellas, tal es el caso, por lo general, de los «principios rectores de la política social y económica» del Capítulo III del Título Primero de la Constitución española³⁵¹. Debe tenerse presente que DWORKIN, abanderado de la nueva corriente «principalista», completa su tríptico de estándares jurídicos incorporando, además de las normas en sentido estricto y los principios, también las denominadas directrices o directrices políticas -«*policies*»-³⁵² con un contenido similar al antedicho. Se justifica doblemente, entonces, atender a la distinción para evitar equívocos.

Para analizar cabalmente la diferencia entre las categorías, tal como se adelantó, es conveniente primero diferenciar una tesis fuerte de una tesis débil en materia de separación de reglas -también llamadas normas en sentido estricto- y principios. La primera de ellas, que se criticará, se basa en una distinción estructural o cualitativa,

³⁵⁰ H.L.A. HART: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Editado por Penelope BULLOCH y Joseph RAZ, UNAM, 2000, págs. 43 y ss., original en inglés editado por Oxford University Press, 1994.

³⁵¹ Véase, entre otros, Javier PÉREZ ROYO: “Principios rectores de la política social y económica”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Coordinador Manuel ARAGÓN REYES, Edit. Civitas, Madrid, 2001, págs. 168 y 169.

³⁵² DWORKIN sostiene que las «*policies*» son el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad, ver Ronald DWORKIN, *Los derechos en Serio*, Ob. Cit., pág. 72.

mientras que la segunda en una cuestión de grado, que no obstante identificar particularidades postula que éstas no radican en una diferencia entitativa³⁵³.

Previo a presentar los puntos centrales de las diferentes posiciones, corresponde indicar que la identificación de los principios viene a proponer una respuesta a un problema efectivamente tangible, no controvertido y fácilmente observable. Aunque se disienta en la explicación del fenómeno, no se discute que existen normas -en sentido amplio- fundamentales que integran el elenco de materiales jurídicos que los operadores del Derecho consideran en sus respectivos ámbitos de actuación para determinar la normativa aplicable y que presentan mayores dificultades en su aplicación que otras.

2.2.1. Las tesis de los principios como entidades diversas de las reglas. La distinción en sentido fuerte y su crítica.

Las posturas que consideran a los principios como una categoría normativa esencialmente diferente de las reglas, pese a diferir parcialmente en la forma de presentar las particularidades en su aplicación, básicamente coinciden en optar por explicaciones que visualizan el fenómeno como un problema ajeno al interpretativo ligado a una considerable zona de indeterminación. Las principales características de los principios, según las vertientes probablemente más representativas de las tesis que podrían aglomerarse bajo el rótulo de «fuertes», pueden resumirse en las siguientes.

(a) Las reglas o normas strictu sensu son de aplicación todo o nada, los principios proporcionan razones para la aplicación.

DWORKIN plantea la distinción según el carácter determinante o no de las razones que representan las normas y los principios para la resolución de un caso. Así, sostiene que «[L]as normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión»³⁵⁴. Por su parte, y en contraposición con los estándares susodichos, entiende que los principios proporcionan razones tendientes a inclinarse por una u otra posición

³⁵³ Véase sobre la distinción Robert ALEXY, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, en Ob. Cit., págs. 140 y 141.

³⁵⁴ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 75.

pero no establecen automáticamente consecuencias jurídicas que se sigan cuando se satisfacen las condiciones previstas.

Esta característica de los principios, consistente en su idoneidad para suministrar razones pero no para determinar una solución, su supuesto carácter «derrotable» (*defeasable*)³⁵⁵ o «no concluyente»³⁵⁶, merece algunas apreciaciones.

Podría entenderse que se refiere a normas que no son dirigidas inmediatamente a particulares como tales sino que hacen las veces de criterios interpretativos o de aplicación del Derecho, y que es por eso que se sostiene que no determinan consecuencias jurídicas aunque contribuyen a escoger la solución, una vez precisadas bajo su luz las normas de mandato en cuestión que efectivamente refieren a la conducta de particulares.

En todo caso, si efectivamente fuese ese el alcance de lo afirmado -que para ser justos no parece ser la intención de DWORKIN-, debería concluirse que son normas que se dirigen a los intérpretes, en última instancia a funcionarios públicos y principalmente a los jueces. Pero no por ello puede afirmarse que no despliegan consecuencias jurídicas -salvo que se sostenga la inadmisibles tesis de la indeterminación absoluta-, que asociada a disposiciones que refieren a los efectos de la ilegitimidad en el sistema, serán de sanción en sentido estricto o bien de la inexistencia o invalidez de lo actuado en caso de que sean desatendidas.

En cualquier caso, en la medida en que los principios constituirían parámetros materiales, que determinan por su contenido el alcance de una norma más concreta desde la perspectiva mencionada, parece bastante oblicuo presentarlos meramente como normas interpretativas -o de integración judicial- y no directamente como estándares directivos de la conducta o determinantes de potestades jurídicas.

Por otra parte, como con notable agudeza indicó HART, la diferenciación propuesta a partir del carácter concluyente no puede ser sostenida con coherencia. Conlleva una contradicción -o dirigen la conducta o no lo hacen- y ello es perfectamente visible en el paradigmático caso planteado por DWORKIN para demostrar la forma en la que operan los principios -el caso *Riggs vs Palmer*³⁵⁷-, pues allí mismo la regla en cuestión es derrotada por un principio³⁵⁸. Así, al contraponerse un principio, que en la

³⁵⁵ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 188.

³⁵⁶ HART denomina a este supuesto rasgo de los principios como carácter no concluyente. H.L.A. HART: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 40.

³⁵⁷ Sobre el caso *Riggs* véase Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 73.

³⁵⁸ H.L.A. HART: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 42.

especie consistía en que nadie puede beneficiarse de su actuar doloso, con una regla, una norma de Derecho sucesorio que no contemplaba la desheredación del heredero homicida del causante, resultó «vencida» esta última por el primero.

Podría sostenerse que las reglas sucesorias no comprendían el supuesto en cuestión, presentarse como un caso de ausencia de regla, pero para arribar a dicha conclusión debe argumentarse en la fase interpretativa que una disposición existente que regula la materia con vocación de generalidad no aplica y para ello debe traerse a colación el principio. Desde esta perspectiva, el triunfo se generaría entre interpretaciones, pero no se supera el problema de fondo por la reconducción. Sostener que en virtud de un principio no aplica una regla o que es derrotada por éste no es en sustancia diferente, se explica por la sutil distinción entre delimitación y limitación.

Por último, para llegar al punto de afirmar que una norma lo es *strictu sensu* y que por lo tanto es de aplicación todo o nada, es necesaria una previa interpretación de disposiciones. En dicha tarea operan eventualmente límites derivados de la interpretación sistemática, que en principio refieren a otras normas relacionadas y aportan razones en algún sentido, que deben apreciarse para delimitar la norma, los casos puntuales que comprende y en los que resulta aplicable.

Si se parte de una consideración abstracta de una disposición en un momento pre-interpretativo, y se constatan márgenes de duda en su interpretación, entonces puede decirse que la norma así expresada es «derrotable». Es preferible, sin embargo, afirmar que es delimitable, pues dependiendo de la interpretación en concreto, del contexto normativo, podrá resolverse la duda en un sentido o en otro, y por lo tanto aplicarse o no la norma resultante y la consecuencia jurídica en ella prevista.

Idéntica es la situación si se pone la mirada en los principios, también puede observarse que se presentan casos en los que determinan inobjetablemente una solución. Supongamos que en un determinado ordenamiento jurídico moderno, como es usual, la Constitución consagra la igualdad, y existe una norma contenida en un acto administrativo que impide el acceso a la función pública a personas homosexuales. Nadie dudaría en calificar a la igualdad como principio -sin perjuicio de sus concreciones como reglas-, sin embargo, tampoco nadie dudaría en afirmar que ésta determina un conflicto con la norma restrictiva, y que la solución aplicable es la constitucional debiendo anularse o desaplicarse, según el caso, el acto administrativo.

Afirmar en un caso como el planteado que las razones contenidas en el principio de igualdad son extremadamente fuertes, en vez de directamente postular que

determinan la solución, especialmente en un supuesto en el que es necesario ser bastante creativo incluso para imaginar virtualmente razones contrapuestas, parece algo alambicado.

La aplicabilidad de una norma refiere necesariamente a casos, no tiene sentido plantear esquemas de todo o nada con abstracción, y el elenco comprendido por una formulación genérica se establece una vez que las disposiciones relevantes son interpretadas. Tanto en el caso de las reglas como en el de los supuestamente diversos principios, al concretizar lo regulado genéricamente, es posible verificar supuestos claros y otros de duda que presentan dificultades en la delimitación, no obstante la existencia de diferencias de grado.

(b) El peso relativo de los principios.

En consonancia con el punto precedente, también DWORKIN afirma que los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas que es el «peso» o importancia. Ante la interferencia de dos principios aplicables el operador jurídico debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos³⁵⁹. La dimensión referida, tiene a su vez relación con su moralidad³⁶⁰ y se contempla al considerar casos concretos, pues aunque en un ejercicio de enunciación casuística y con pretensión de exhaustividad pueda emularse una suerte de peso -en el sentido referido- en abstracto, el planteo se enmarca en un supuesto en concreto y no como una jerarquización axiológica a todos los efectos. Es precisamente por ello que se afirma la «relatividad» del «peso».

Desde la postura que se presenta, la dimensión de importancia no necesariamente se visualiza en términos abstractos aunque sí en la concreción, y precisamente bajo esta última perspectiva es que el principio en ocasiones «cede» y en ocasiones no, incluso ante un mismo principio eventualmente contrapuesto, dependiendo del caso.

Buena parte de lo indicado se explica por la abstracción, la apertura de la formulación que expresa la norma en sentido amplio. Tal como se indicará posteriormente, todavía con mayor precisión, la nota referida puede relacionarse con la

³⁵⁹ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág.77, en el mismo sentido Karl LARENZ citado por Robert ALEXY: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ob. Cit., pág. 8.

³⁶⁰ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 72.

naturaleza justificativa y con la carga emotiva³⁶¹ de conceptos contenidos en disposiciones normativas que tienen como referente algún valor.

(c) *Los principios como mandatos de optimización.*

Por su parte, ALEXY sostiene que los principios «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas»³⁶². La maximización de lo dispuesto en un principio de acuerdo a las posibilidades fácticas no parece un elemento de distinción trascendente. Existen normas particulares que nadie catalogaría como un principio, como la que dispone la obligación de medios que asume un médico bajo un contrato de asistencia médica que refiera a una intervención quirúrgica de hacer todo lo posible conforme su actuar diligente por sanar al paciente. Ello sin perjuicio de que todas las normas en algún punto se aplican o no de acuerdo a las posibilidades fácticas, ora por admitirse supuestos de causa extraña o fuerza mayor, ora por la tensión que existe entre validez y eficacia -en sentido sociológico-³⁶³. En todo caso, la peculiaridad vendría determinada por la aparente realización por grados, conforme viene de indicarse en los puntos que anteceden.

A su turno, la aplicación de los principios de conformidad con las posibilidades jurídicas, no es otra cosa que la delimitación que surge de las reglas y «principios» que juegan en sentido contrario, y tampoco en este caso, existiría una diferencia con las reglas, que resultan muchas veces delimitadas en función de otras conforme una interpretación sistemática.

Debe igualmente destacarse que la consideración de ALEXY de los principios como mandatos de optimización además de resaltar la admisión de la aplicación o cumplimiento en diferentes grados -una particular estructura-, también destaca en éstos una dimensión axiológica o moral -un particular contenido- que resulta atendible.

(d) *Los principios como normas con condiciones de aplicación abiertas.*

ATIENZA y RUIZ MANERO pese a reconocer que los principios pueden estructurarse como normas de mandato -precepto y consecuencia jurídica- y que una vez

³⁶¹ Carlos NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., pág. 269.

³⁶² Robert ALEXY: “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, Ob. Cit., pág. 143.

³⁶³ Véase Hans KELSEN: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., págs. 145 y 146.

determinados serían *a priori* aplicables o no sin admitir gradualidad, parecen sustentar también un criterio de distinción de índole sustancial respecto de las reglas en función precisamente de una supuesta apertura de las condiciones de aplicación. Así, al referirse a tal característica de los principios sostienen que «*no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas*»³⁶⁴.

A su vez, diferencian dos tipos de principios. Por un lado los principios en sentido estricto, y por el otro, las «directrices». En el caso de los principios propiamente dichos, según se indicó, entienden que la diferencia con las reglas consiste exclusivamente en la apertura de las condiciones de aplicación. Es decir, se aplican en la medida en que no exista un principio de mayor peso en sentido contrario, a diferencia de las reglas cuyas condiciones de aplicación son cerradas, pero se apartan de las posiciones antes mencionadas en tanto niegan la posibilidad de aplicación por grados. Por su parte, al analizar las «directrices», afirman que además de la apertura de las condiciones de aplicabilidad, también se presenta la apertura en el modelo de conducta previsto que conduce a que acepten respecto de esta supuesta clase de estándares la posición de la aplicación por grados³⁶⁵.

No es tampoco adecuado plantear una divergencia estructural de los principios en base a su calidad de estándares con condiciones de aplicación abiertas, que es en sustancia equiparable a una tesis de «apertura» como indeterminación absoluta -«más radical» afirman los autores³⁶⁶- desde una mirada interpretativa.

Cabe señalar que si la apertura es entendida en el sentido indicado -como indeterminación absoluta-, todo supuesto fáctico podría encontrarse regulado por el precepto, incluyendo potencialmente conductas contrarias, de lo que se sigue que todo estaría prohibido y permitido. Lo que equivale, a su vez, a negar toda posibilidad de función directiva³⁶⁷ o normativa respecto de la conducta de individuos e incluso de aplicadores del derecho -según los sujetos a los que se dirija la norma-³⁶⁸.

³⁶⁴ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: Ob. Cit., pág. 9.

³⁶⁵ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: Ob. Cit. pág. 10. Más adelante se analizará con mayor detalle la categoría de las «directrices».

³⁶⁶ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: Ob. Cit., pág. 9.

³⁶⁷ Véase Gerardo CAFFERA: *Una Teoría del Contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Edit. FCU, Montevideo, 1ª Edición, Junio 2008, pág. 15.

³⁶⁸ ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen los principios primarios o secundarios según se dirijan, respectivamente, a la gente en general o a los órganos jurisdiccionales –podría más inclusivamente

Por otra parte, es dable indicar que podría plantearse como explicación la remisión del problema de su «aplicabilidad» al «mayor peso» como criterio, pero ello no es más que una escapatoria. Sería algo así como sostener que una regla absolutamente precisa -un delito penal- carece de condiciones de aplicabilidad en la medida en que debe cotejarse si no ha sido derogada en virtud de los criterios de temporalidad o jerarquía. Aunque se admita la procedencia del «mayor peso» como pauta general para dirimir aparentes conflictos entre disposiciones ante casos concretos, que no es otra cosa que el resultado de una interpretación sistemática, ello presupone alguna clase de concepción elemental sobre el contenido de cada «principio», una «zona de certeza» a su respecto.

A su turno, puntualmente en lo que refiere al contenido del propio criterio, no es sencillo determinar verdaderamente en qué consiste, pero parecería que implica una apelación a la justificación en las bases axiológicas del sistema -positivadas- conforme una interpretación consistente. Atendiendo así, en principio, a la moral imperante en la comunidad para la atribución de significado a los conceptos valorativos involucrados y a una fundamentación con pretensión de coherencia. La alternativa es directamente la apelación a la moralidad individual del intérprete.

En materia de reglas, más allá de la precisión de su contenido, es preciso conocer su jerarquía, temporalidad o especialidad para determinar si son o no aplicables. En el caso de los principios, por su pronunciada abstracción y por encontrarse en no pocas ocasiones consignados en fuentes temporal y jerárquicamente coincidentes -por ejemplo en una Constitución promulgada en un único acto-, los criterios antedichos por lo general en nada contribuyen. Se destaca así el recurso a otros como el del peso relativo o la ponderación, que en verdad no son otra cosa que una fundamentación de una interpretación orientada a una solución más convincente que otras, o, en su defecto, a reconocerse sin más la discrecionalidad en sentido fuerte del juez³⁶⁹.

Por las mismas razones que se defendió la tesis de la indeterminación parcial del lenguaje y más específicamente del jurídico, se impone ahora repudiar la tesis de la indeterminación absoluta en materia de condiciones de aplicación que según entiendo ATIENZA y RUIZ MANERO proponen. Sostener que de antemano es imposible determinar si un principio es o no aplicable, supone negar que existen casos en los que nadie

decirse funcionarios públicos que apliquen el derecho-. Véase Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: Ob. Cit., pág. 14.

³⁶⁹ Sobre las diferentes formas de concebir la discrecionalidad y la que entiendo preferible cabe remitirse a lo indicado previamente en este trabajo. Véase subcapítulo III.2.1.4.

dudaría su inclusión y aplicabilidad y no veo ventaja en suponer una apertura radical, que no es tal, cuando en verdad puede también en estos casos identificarse un núcleo de certeza.

Nótese que en la posturas que vienen de reseñarse se parte de una vocación necesariamente extensiva de los «principios», que conduce a considerar comprendido por el precepto todos los supuestos que se presenten como dudosos, incluso los extremadamente dudosos, para luego en muchos de esos casos concluir que el principio es derrotado y no resulta aplicable, en tanto lo por él regulado cede ante su regulación bajo otro principio. La operación referida luce algo rebuscada y, en tanto el resultado no difiere si se plantea el problema en términos de delimitación conforme una tarea interpretativa sistemática, parece esto último bastante más convincente³⁷⁰.

2.2.2. Los principios y su apertura pronunciada por su abstracción, axiología y carácter fundamental.

Al exponerse la tesis esencialista de distinción, a través de una serie de críticas, se fue delineando la posición que estimo confiere una presentación más adecuada de la problemática de los llamados «principios». La apertura, abstracción o vaguedad de cierto tipo de disposiciones es lo que permitiría identificar a las normas expresadas como principios y distinguirlas, pues conviene por razones de utilidad discursiva, de las reglas. Desde esta exclusiva perspectiva los principios no serían otra cosa que normas en su conformación, de competencia o de obligación, dirigidas con generalidad a individuos, a los intérpretes o aplicadores calificados del Derecho, con la particularidad de que sus supuestos fácticos resultan particularmente abstractos o vagos, que disponen

³⁷⁰ En relación con los derechos fundamentales formulados con apertura, si se prefiere, configurados como «principios», se plantea la discusión sobre el conflicto o la coherencia, la limitación o la delimitación de derechos, la teoría externa y la interna que en cierta medida se relaciona con una concepción sobre la naturaleza de los principios, respectivamente esencialista -o fuerte- y no esencialista -o débil-. Sobre el «conflictivismo» y el «coherentismo» véase con carácter general el estudio de Carlos GUARIGLIA: *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, Amalio M. Fernández, 1ª Edición, Montevideo, 2007, págs. 310 y ss. Entre los autores «coherentistas» véase a Juan CIANCIARDO: *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Editorial ENUSA, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, págs. 363 y ss. Pedro SERNA y Fernando TOLLER: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, págs. 41 y ss. Humberto NOGUEIRA DE ALCALÁ: “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, en, *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 2, 2005. Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Edit. Trotta, Madrid, 1999, págs. 39 y ss. Entre los autores «conflictivistas» véase, entre otros, a Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit. págs. 239 y ss. Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., págs. 464 y ss.

una zona de penumbra pronunciada y con ello dificultades potenciadas de delimitación interpretativa y consecuente aplicación ante ciertos casos concretos.

Ello en lo que refiere a la identidad de estructura, pero debe explicarse algo más, pues también es cierto que esa apertura pronunciada no es suficiente para definir la categoría sino que es necesario considerar otras características que, a su turno, explican la referida abstracción: su axiología y su carácter fundamental.

El sustrato moral de los principios a primera vista parece relacionarse con las tesis en sentido fuerte, así se observa en la posición de ALEXY al considerar los principios como mandatos de optimización y en la posición de DWORKIN, quien expresamente los define como estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad³⁷¹. Sin embargo, el contenido moral o axiológico del enunciado normativo expresamente positivado, inferido de normas explícitas conforme un procedimiento inductivo³⁷², de una construcción jurídica³⁷³, o bien directamente reconocido -aunque no explícitamente formulado, susceptible de formulación-³⁷⁴, es también un elemento perfectamente compatible con la tesis que en relación con la configuración no distingue los principios de las restantes normas jurídicas.

³⁷¹ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 72. La afirmación referida parece sugerir, además, una posición sobre la fuente de los principios, sobre su origen eminentemente moral –quizás de moralidad social- y no formal. De momento cabe indicar que ello puede admitirse pero con una matización. Exclusivamente podría admitirse si existe una convicción en la comunidad de que es legítima la creación de cierto tipo de normas por dicha vía, esto es, en definitiva, de cuño jurisprudencial y basada en alguna apelación franca a la moral y, desde que su aplicación jurisprudencial es necesaria, entonces necesariamente se genera una «formalización».

³⁷² ALCHOURRÓN y BULYGIN, recogiendo la clasificación empleada por la lógica moderna entienden que «*deductivo es todo razonamiento lógicamente válido, es decir, un razonamiento en el cual la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión*», mientras que al referirse al razonamiento de tipo inductivo sostienen que «*no se da tal implicación lógica; las premisas no garantizan la verdad de la conclusión, sino que se limitan a indicar tan sólo su grado de probabilidad o confirmación*». La validez de la inducción aristotélica, esto es, el paso de los particulares a los universales, depende esencialmente de la posibilidad de inspeccionar todos los casos de un género. Véase Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit., págs. 130 a 132.

³⁷³ Véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 195 y 196.

³⁷⁴ En un sistema reconocido de fuentes formales, aunque implícitos, los principios deberían ser invocados en virtud de una derivación –no lógica- de materiales del sistema, pero es posible que sobre otras bases, se presenten sistemas de incorporación consuetudinaria o creación jurisdiccional deliberada de estándares generales, siempre que efectivamente el mecanismo se reconozca o exista la convicción colectiva en la comunidad de que no se trata de actuaciones patológicas y antijurídicas sino de creación legítima del derecho por esos medios. Véase Diego GAMARRA ANTES: “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en *Revista Ruptura*, número 6, abril de 2015, FCU, Montevideo, págs. 163 a 187. Sobre el criterio de la convicción colectiva véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 18.

En buena medida la abstracción que hace a la esencia de los valores³⁷⁵, recogidos jurídicamente, es la que determina una apertura y con ella el grado de indeterminación en la concretización que insistentemente viene mencionándose. La referencia a la axiología debe entenderse en cuanto consignan una enunciación directa e inevitablemente abstracta de un determinado valor, pues no cabe duda de que la referencia indirecta a un valor o sus manifestaciones puntuales no es suficiente para definir la categoría. Por ejemplo, las normas penales notoriamente persiguen la tutela de determinados bienes jurídicos y, sin embargo, son por antonomasia catalogadas como reglas.

Por otra parte, debe reconocerse que suele denominarse principios a ciertas normas que no necesariamente refieren a valores, pues así como suele catalogarse a la igualdad como principio -eminentemente axiológico-, también así se cataloga, entre otros, a la jerarquía normativa o a la especialidad, y en estos últimos casos sólo indirectamente puede determinarse una base de moralidad. Tal como se indicó al comenzar a tratar este tema, las formas en la que los juristas utilizan el término principio son múltiples y a ello se debe a la ausencia de coincidencias exactas al analizar la materia con generalidad. Pero no debe perderse de vista que, pese a referencias tangenciales con la finalidad de explicar la raíz común de las variantes de uso del lenguaje en la especie, el foco está aquí principalmente puesto en la acepción específica que es contemporáneamente objeto de mayor debate, siendo que el carácter estimativo, como se ampliará, constituye en ésta un elemento central.

El sentido en que se sostiene la moralidad o axiología de los principios es en última instancia controvertido porque las posiciones sobre moral lo son -objetivas, relativas y negadoras o escépticas-, así como las que la relacionan o no necesariamente con el Derecho. Cabe aquí indicar que no se pretende ingresar en dichas interesantísimas discusiones, sino partir de un punto que parece que en general podría aceptarse, esto es, la incorporación efectiva de expresiones o conceptos reconocidos como valorativos -v.gr. libertad, igualdad, honor, justicia, vida, honor, pluralismo- en disposiciones positivas que exigen algún tipo de apreciación moral y que en las Constituciones contemporáneas proliferan.

³⁷⁵ No me refiero aquí a los «valores» tal como son entendidos en la dogmática española y alemana, mencionados en sus respectivas Constituciones y que suelen diferenciarse de los principios tal como éstos, a su vez, son también manejados en las Constituciones referidas.

Debe de todas formas resolverse de qué manera deben interpretarse y aplicarse los preceptos que contienen términos valorativos como los referidos y son dos las posibles opciones que en términos de razón práctica se presentan:

- (i) atribuir a los conceptos el significado conforme la concepción moral individual del intérprete, o bien;
- (ii) adoptar la concepción arraigada en la moral social³⁷⁶ pasada o presente, desde luego, también desde los ojos del intérprete.

Nótese que incluso ante una posición de fondo que asuma o conciba una naturaleza objetiva de la moral, es necesario un pronunciamiento en alguno de los sentidos referidos, pues puede discreparse sobre los métodos para acceder a su conocimiento. Así, razones epistémicas hacen que incluso desde las posiciones objetivistas en sustancia, en términos prácticos, sean las opciones para el intérprete de conceptos morales las que vienen de indicarse, aunque tampoco está libre de dificultades su propia demarcación y la decisión entre ellas.

ALCHOURRÓN y BULYGIN enseñan que los términos valorativos pueden emplearse conforme un uso primario, que implica la realización de un juicio de valor por el intérprete, o bien conforme un uso secundario, esto es, descriptivamente, en proposiciones fácticas que exigen la apreciación de si se satisfacen pautas o criterios valorativos de una determinada comunidad relevante. Seguidamente afirman que los jueces ante preceptos que contienen conceptos estimativos estrictamente no valoran sino que, de acuerdo a la segunda posibilidad reseñada, registran las valoraciones de la comunidad que integran³⁷⁷. Desde este enfoque no existiría entre los conceptos valorativos y los demás más que una posible diferencia de grado³⁷⁸.

Desde luego, no debe omitirse la presencia importantes zonas de penumbra ante puntos disputados, de vaguedad, que tienen como consecuencia, al igual que en cualquier supuesto de indeterminación normativa, alguna forma de discreción jurisdiccional. Sin perjuicio de los diferentes alcances del concepto de discreción antes referidos³⁷⁹ y de la preferencia indicada de su concepción relativamente limitada desde la perspectiva interna, de apreciación pautada por una interpretación sistemática y la

³⁷⁶ Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 62. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 209. La moral social constatada en una comunidad relevante puede referir a la imperante o bien a la existente en determinado momento histórico como el de la aprobación del acto que contiene la disposición interpretada. Sobre la interpretación y el elemento tiempo véase el subcapítulo siguiente.

³⁷⁷ Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: “Los límites de la lógica en el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 315 y 316.

³⁷⁸ Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 62.

³⁷⁹ Véase *ut supra* III.2.1.4.

exigencia de un discurso consistente orientado a una solución, ante disyuntivas insalvables o encubiertamente en situaciones en verdad evitables, es cierto que es posible que en determinados casos se resuelva de acuerdo a la estricta y descarnada valoración individual del magistrado.

A pesar de la imposibilidad de establecer una frontera precisa entre la apelación a la moralidad social y la del propio juez, ante la existencia de espacios de indeterminación, los matices relacionados con la interpretación, el razonamiento judicial y la efectiva existencia de casos claros, sugieren no admitir posiciones escépticas. Reducen demasiado la complejidad y consideran que en definitiva en materia de conceptos morales siempre se aplica la particular concepción del juez sin más. No son compartibles por lo tanto posiciones como la de GUASTINI, que parecen entender que siempre que el juez invoca la moralidad social en realidad atribuye a la colectividad sus propias opiniones³⁸⁰. Es posible pero no es necesario que así suceda³⁸¹.

No existen razones para no admitir la tesis de la indeterminación parcial de las normas jurídicas con carácter general, es decir, sin distinción según una posible escisión entre normas en sentido estricto y principios³⁸². La equiparación a estos efectos no luce problemática toda vez que se reconocen casos no controversiales en la aplicación de normas de las que se denominan principios -que contienen conceptos valorativos-, que trasladan la presunta separación a una cuestión cuantitativa. La diferencia radica en la cantidad de casos difíciles generados o potenciales en torno a la tarea de interpretación de una disposición. Ello sin perjuicio de la función justificativa, pues los principios en este particular sentido, por su contenido moral y su abstracción son de por sí, aunque no exclusiva ni excluyentemente, herramientas de justificación de otras normas y de decisiones.

Por último, también en conexión con el contenido valorativo de los principios, debe destacarse la fuerte carga emotiva positiva de las palabras que conforman sus preceptos, que perjudican su significado cognoscitivo y operan persuasivamente. Tal es el caso de vocablos como «libertad», «igualdad», «honor», «democracia», que por su connotación positiva en la comunidad, tienden a generar en el intérprete una orientación

³⁸⁰ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 209. El autor matiza un tanto la posición referida al afirmar que ello sucede «sobre todo» donde no hay posiciones sociales compartidas.

³⁸¹ En más de una oportunidad he conversado con jueces que lamentan tener que fallar en contra de la solución que consideran justa, por sentirse compelidos por el Derecho a hacerlo.

³⁸² En el mismo sentido Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 62.

favorable³⁸³. Consecuentemente, posiblemente determinen una inclinación a la inclusión de casos en escenarios de dudas generadas en el marco de su consideración aislada, que a su turno contribuye a la presentación de problemas de delimitación como colisiones.

Parecería que la otra característica anunciada de los principios, su carácter fundamental³⁸⁴ viene a aportar otro complemento importante a la matriz de las diferentes acepciones del término. Así, independientemente de su estructura, es posible caracterizar con generalidad a los «principios» como normas especialmente relevantes de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo³⁸⁵. Ahora bien, cabe preguntarse en qué sentido se postula dicho carácter fundamental.

En términos muy generales puede sostenerse que son normas fundamentales las que poseen un papel cardinal o destacado en el sistema -también en sectores del mismo- o en su funcionamiento. Así, podría sostenerse que con este alcance serían fundamentales, por ejemplo, las normas de competencia que instituyen los órganos y procedimientos para la creación normativa, tanto como las que disponen derechos fundamentales y las normas de aplicación o interpretación del derecho. Si se prefiere, las normas materialmente constitucionales y los criterios de aplicación -en puridad presupuestos o reconocidos-, claro está, ello sin perjuicio de los que puedan considerarse en el nivel de los subsistemas. Sin embargo, ello no es del todo acertado en la medida en que pueden identificarse normas fundamentales -cardinales en el sentido indicado- que por su carencia de abstracción e indeterminación no reflejan adecuadamente la idea nuclear del concepto de «principio jurídico»³⁸⁶.

³⁸³ Sobre la carga emotiva del lenguaje véase Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Ob. Cit., pág. 269. CARRIÓ denomina a esta característica como el significado emotivo de las palabras. Véase Genaro R. CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Ob. Cit., págs. 22 a 24.

³⁸⁴ Interesa apuntar que las definiciones del vocablo «principio» contenidas en el Diccionario de la lengua española, fundamentalmente de la tercera acepción en adelante, sin dudas sugieren esta idea elemental. Diccionario de la lengua española. «1- Primer instante del ser de algo, 2- Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa, 3- Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia, 4- Causa, origen de algo, 5- Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales sobre las que se empiezan a estudiar las ciencias o las artes, 6- Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta...». www.rae.es, Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición.

³⁸⁵ GUASTINI, luego de advertir el carácter controvertido de la categoría de los principios, provisionalmente plantea dos características que entiende asentadas en la cultura jurídica, además de una particular forma de indeterminación, precisamente su carácter fundamental. Véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 185 y 186.

³⁸⁶ Así, la prohibición de la pena de muerte establecida en artículo 26 de la Constitución uruguaya, categórica y concreta, puede considerarse una norma fundamental por su importancia y su innegable materialidad constitucional, pero es verdaderamente extraño postular que se trata de un principio, mientras que con naturalidad podría admitirse que consiste en una norma de especificación de un principio, este sí más abstracto, de protección o tutela de la vida. En el mismo sentido, el artículo 88 de la Constitución uruguaya al sentar que la Cámara de Representantes se compone de noventa y nueve

Por su parte, aunque el diseño apunta a que las piezas fundamentales del sistema sean las de mayor rango, es por eso que los denominados «principios» abundan en las Constituciones, no existe una correlación necesaria entre jerarquía y carácter fundamental. Es claro que existen normas formalmente constitucionales que no son fundamentales, ora porque muchas veces no se respeta la materia constitucional, ora porque pese a ser normas materialmente constitucionales son de detalle y se fundan en otras también constitucionales -explícitas o implícitas-. La relevancia, en principio, se conecta así con la abstracción, pues aunque no es forzosamente así, las notas centrales tienden a presentarse en esos términos.

A su turno, también en el sentido de no relacionar necesariamente carácter fundamental y jerarquía normativa, debe apuntarse una segunda digresión, más acotada en su alcance, en tanto es posible identificar normas legales -en sentido orgánico y formal- que son a su vez fundamentales, quizás no ya para el ordenamiento todo pero sí para determinado sector. Tal es el caso del anteriormente citado principio de buena fe expresamente consignado en el artículo 1291 del Código Civil uruguayo en materia de contratación.

Dentro del elenco de principios suelen además incluirse pautas de aplicación -en sentido amplio- del Derecho, que trascienden la jerarquía puesto que son en sus aspectos elementales presupuestos o reconocidos de antemano, sin perjuicio de su eventual consagración normativa formal. En estos casos, despejadas algunas posibles confusiones, el punto principalmente considerado para la catalogación es el carácter fundamental antes mencionado, en la medida en que no sólo no es posible predicar su axiología -al menos no en forma inmediata-, sino que en puridad en la mayoría de los casos ni siquiera puede sostenerse la indeterminación o apertura pronunciada.

Los criterios de temporalidad, jerarquía y competencia o especialidad pueden formularse con precisión. La clasificación de las pautas mencionadas como principios parece radicar en su formulación sin incluir sus excepciones, pese a ser comúnmente reconocidas -generando así apariencia de apertura e indeterminación-, y en su carácter fundamental. Si bien es cierto que una presentación completa de los criterios requiere que se establezca su delimitación en función de lo dispuesto por los otros, en verdad no

miembros no parece consagrar un principio, es difícil imaginar que alguien lo sostendría. En este caso, podría afirmarse que subyace el principio de la democracia representativa, del pluralismo y, algo menos directamente, de la separación o división de poderes -considerada la norma en su contexto constitucional-, o que éstos pueden llegar a inferirse tomando la norma en cuestión -entre otras- como insumo para la inducción, pero no parece atinado postular que allí se consignan dichos principios, que, por cierto, también se respetarían si la Cámara se integrase con noventa y siete o ciento un miembros.

es problemático definirlos, considerando las excepciones con carácter general y de antemano, en tanto la casuística involucrada es limitada y fácilmente controlable³⁸⁷³⁸⁸.

En los ordenamientos constitucionales contemporáneos proliferan las exigencias de orientación a fines y la tutela de bienes, que se expresan como normas, además de fundamentales -entre ellas precisamente se destacan las de «derechos fundamentales»-, generalmente abstractas y con connotaciones valorativas innegables. La concepción de los principios actualmente más difundida parece referir a esta clase de normas, fundamentales sí, pero también parcialmente indeterminadas y estimativas, de manera que de aquí en más se aludirá a éstos, excluyendo del análisis los también denominados «principios» tradicionales de aplicación del Derecho.

Del mismo modo que los cimientos de un edificio son toscos y determinan los aspectos elementales de la construcción, so pena de ocasionarse un derrumbe ante su desatención, las bases fundamentales de los sistemas modernos pautan un determinado sentido del ordenamiento jurídico, son generalmente abstractas, sean éstas formuladas en forma expresa, inferidas o colectivamente reconocidas. Sus desarrollos progresivamente más concretos deben ser consistentes con las bases conforme una adecuación no sólo formal sino también material. Al igual que sucede con el edificio, su desatención ocasiona derrumbes, y con ello, sino la destrucción de las mismas bases -dependiendo de la entidad del desatino-, necesariamente la frustración de su fin de sustento en relación con un desarrollo determinado a partir de las ideas básicas de construcción.

Es precisamente esta concepción particular de los principios, por cierto, la considerada previamente como la «nueva» corriente a su respecto, la que se enlaza con la segunda significación posible del carácter fundamental, con su sentido más fuerte. Es decir, ya no exclusivamente relacionado con alguna destacada relevancia reconocida a ciertas normas sino, todavía un poco más allá, con una particular relevancia, en tanto

³⁸⁷ Demás está decir que ello no significa que no puedan generarse casos de duda, entre otras razones, como se desarrolló ampliamente con anterioridad, porque ello es en cierto punto siempre posible por la textura abierta del lenguaje, que responde a variaciones de la realidad o, si se prefiere, de la forma humana de percibirla.

³⁸⁸ Así, por ejemplo, el «principio» de temporalidad podría formularse con precisión y sin inconvenientes en los siguientes términos: «en caso de antinomia entre normas eficaces contenidas en actos jurídicos perfeccionados en diferentes momentos debe aplicarse en torno a un caso nuevo la posterior en el tiempo, siempre que esta última sea de igual o superior jerarquía normativa que la anterior, sea dictada por un sujeto competente y que no se trate la nueva norma de una solución general con vocación de aplicación residual».

normas que constituyen en sí mismas justificaciones de otras normas³⁸⁹ y, en definitiva, que operan como soportes del sistema o de parte del mismo.

Demás está decir que con esto no se pretende afirmar que necesariamente su fuente sea directamente la moralidad social -ni, desde luego, la moralidad individual de un magistrado- y que un magistrado pueda sin más invocarla para resolver sus casos, pues ello es contingente y su corrección depende en última instancia de la regla de reconocimiento³⁹⁰. Lo cierto es que una vez positivados unos valores que ofician como pilares del ordenamiento -en virtud de fuentes formales deliberadas o consuetudinarias, según sea el caso-, son en puridad normas jurídicas que en su estructura no difieren de las restantes, aunque efectivamente son abiertas por su abstracción y abstractas por su axiología.

Es cierto que la continuación de la escalada de inferencias con la intención de proferir todavía mayor abstracción, reduciría el planteo básicamente a la noción de dignidad humana y la potenciación del desarrollo de la persona, pero ello no aporta demasiado para delinear un sistema, pues se requiere algo más de detalle para lograrlo. Así, no obstante no es en lo absoluto sencillo determinar un límite de abstracción, axiología y carácter fundamental, parecería que aunque no operen como justificación última -la más abstracta posible- del ordenamiento o de un sector del mismo, se catalogan como principios normas todavía de considerable abstracción pero que proporcionan justificaciones más específicas, que contribuyen a precisar la justificación final y confieren un trazado elemental del ordenamiento, algo más útiles como material para los juristas.

Todas las notas de los principios destacadas por la tesis distintiva en sentido fuerte, la aplicación gradual o abierta, el peso relativo y la tendencia a la inclusión de casos -o, si se prefiere, el carácter expansivo-, parecen responder a la constatación de cierta indeterminación y un carácter moral vinculado al carácter fundamental en sentido fuerte. Tales notas pueden ser de forma menos compleja contempladas bajo la tesitura débil de distinción, sin necesidad de replantear el modelo teórico de normas.

³⁸⁹ HART destaca como rasgos relativamente incontrovertibles de los principios la mayor generalidad y su referencia a algún fin, propósito, título o valor que determinan su papel como justificación de otras normas. Véase H.L.A. HART: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 39. Véase también Rafael DE ASIS ROIG: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 66.

³⁹⁰ Véase Genaro R. CARRIÓN: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 228.

Así, en forma muy sucinta, la apariencia de gradualidad o apertura de la aplicación puede leerse como un problema de delimitación previa, materia de interpretación de disposiciones de preceptos abstractos, vagos. El peso relativo no parece ser más que la dificultad de la tarea interpretativa concreta y contextualizada, es decir, la asociada a la delimitación de los supuestos puntuales regulados por una norma de formulación abstracta eventualmente coexistente con otras también relevantes que deben considerarse. Con el especial aditivo de que incluyen conceptos de contenido valorativo que ofician de por sí como razones para su preferencia a primera vista, aunque pueden existir otras a su favor más allá de los expresamente por ellos representados. En la misma línea, los conceptos valorativos incluidos en las disposiciones en cuestión se caracterizan por poseer una carga emotiva, lo que también parece explicar la tendencia a la inclusión de casos por parte del intérprete y la apariencia de colisiones innecesarias.

Por último, los principios así entendidos en verdad no se diferencian estrictamente de las reglas vagas en su complexión pero pueden igualmente llegar a distinguirse de éstas, con finalidad argumentativa, precisamente por su carácter fundamental y su expresa axiología asociada.

Mientras que las reglas pueden ser más o menos vagas, deliberadamente -para incrementar en ciertos casos el margen de apreciación del intérprete- o no -simplemente por obra de legislación defectuosa-, los denominados principios como normas fundamentales y valorativas necesariamente lo son y significativamente. Parecería que, conforme lo indicado, podría afirmarse que no toda regla vaga sería un principio pero que todo principio -en el sentido más acotado que se viene desarrollando- sería una regla vaga, específicamente en tanto consigna valores con abstracción.

Como recapitulación, es dable sentar que teniendo en cuenta la pluralidad de sentidos que se atribuye jurídicamente a la voz «principio», puede a partir de la noción de norma de carácter fundamental proporcionarse una explicación muy general pero plausible de sus diversos usos. Considerando concretamente la concepción contemporáneamente más controvertida, esto es, aquella que los identifica además con las justificaciones del sistema -en la actualidad plasmados por lo general en Constituciones- o de subsistemas, no puede dejar de admitirse que a su respecto se constata una evidente connotación axiológica y una necesaria abstracción asociada.

Dichas características conllevan la vaguedad de la norma formulada que los postula, pero de ello no se sigue una diferenciación estructural que suponga el tránsito a

un nuevo modelo de normas. Este último no se justifica, pues la distinción es artificiosa por recurrir a una ficción de inclusión para luego excluir en vez de reconocer una zona de penumbra en su interpretación. Puede sin mayores complejidades proveerse una respuesta razonable del fenómeno desde el modelo tradicional, enfatizando más atinadamente la interpretación sistemática de disposiciones abstractas relevantes y la delimitación de las normas concretas de ellas derivadas³⁹¹.

2.2.3. Normas de fin, programáticas y directrices.

Algunas confusiones de la distinción entre reglas y principios derivan de ciertas características que presentan las denominadas normas de fin, de modo que conviene también despejar la incidencia que este tipo de normas en la polémica sobre la referida distinción y, a la vez, fundamentalmente presentar en qué sentidos este género de normas finalistas generalmente -no necesariamente- determinan «apertura» en un sentido amplio, a efectos de la interpretación de las disposiciones que las contienen.

Se impone comenzar presentando la clase de normas indicada, así como el de otras frecuentemente invocadas y que indudablemente se encuentran con ellas familiarizadas. Así, se referirá a las normas de fin como género, a las normas programáticas y a las directrices por oposición a reglas de fin como diferentes especies.

Las normas de fin, más precisamente normas de obligación de un fin, son aquellas que disponen el deber de causar un resultado que se establece como fin o bien de promoverlo realizando lo razonablemente a su alcance para obtenerlo³⁹², existiendo por lo general discrecionalidad del deudor para escoger según la ocasión una entre varias prestaciones para alcanzarlo. Es también posible identificar normas potestativas y permisivas que se formulan en atención a fines, pero aquí concierne centrarse en las normas que disponen una obligación.

³⁹¹ Una tesis débil, no «escencialista», de distinción entre reglas y principios, es defendida entre otros por H.L.A HART: *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 41; Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 32 y 33; Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 83; Frederick SCHAUER: *Playing by rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991., pág. 115. Genaro R. CARRIÓ: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 225 y 226.

³⁹² Según el deber se catalogue como de medios o de resultado, conforme se suele distinguir en la dogmática *iusprivatista* que más adelante se presentará como posible explicación a la supuesta aplicación por grados.

Las normas programáticas imperativas no son otra cosa que normas fin de obligación en el sentido indicado³⁹³. Lo más razonable si se aspirase a elaborar una propuesta terminológica depurada sería considerarlas como sinónimas. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la expresión «normas programáticas» se utiliza básicamente en la dogmática *iuspublicista*, es posible recoger dicha especificidad para mantener la categoría. Así, podrían estas últimas considerarse como una especie de normas de fin en las que la obligación recae sobre un órgano público y consiste en el dictado de una norma en algún sentido posible -en aquellos casos en los que se dirige al legislador o a un juez- o bien en el dictado de una norma o la directa realización de operaciones materiales -cuando excepcionalmente se dirige a una administración- para causar un bien colectivo como resultado. Existe en estos casos generalmente un margen de mayor o menor discrecionalidad que permite la elección entre varios medios alternativos no necesariamente enunciados para la consecución del fin establecido por la norma programática.

Dentro de esta categoría de normas también suele referirse a un subtipo «facultativo»³⁹⁴, que no refiere a la discrecionalidad en los medios, que es característica del género y comprende por lo tanto también a las «imperativas», sino al establecimiento de una potestad y no una obligación de causar o intentar diligentemente causar el resultado fijado como meta. Obsérvese desde ya que de existir una potestad – norma secundaria- ligada a una facultad para su ejercicio –norma primaria-, aunque lo regulado verse sobre un fin, desde ningún punto de vista puede derivarse un deber, ni para lograrlo necesariamente, ni para alcanzarlo en la medida de lo posible.

Por último, las directrices serían bajo la tesis de ATIENZA y RUIZ MANERO que se ha cuestionado, una nueva especie dentro del género de las normas de fin que se

³⁹³ En el año 1984 con acierto indicaba LUCAS MURILLO DE LA CUEVA que se encontraban superadas las concepciones que con finalidad conservadora y con el propósito de impedir la carga innovadora presenta en las normas constitucionales negaban toda eficacia jurídica a las normas programáticas. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: “Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria”, en *Revista de Derecho Político*, Número 21, Primavera de 1984, págs. 8, 11 y 12. Véase también J.J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoría da Constituição*, 7ª Edición, Almedina, Coimbra, Portugal, págs. 1176 y 1177. Los efectos jurídicos de este subtipo de normas pueden ser diversos, dependiendo de las soluciones de Derecho positivo, pero necesariamente deben existir si efectivamente se las considera como tales. Pueden destacarse los efectos interpretativos, derogatorios de normas anteriores, la ilegitimidad de normas inferiores posteriores, y ante su incumplimiento, la solicitud al juez competente que ordene al órgano infractor la reglamentación o la responsabilidad del Estado. En esta última senda es que se ha desarrollado la teoría de la «inconstitucionalidad por omisión», pero no cabe aquí explayarse sobre el punto.

³⁹⁴ Sobre la distinción entre normas programáticas del subtipo facultativo e imperativo, por muchos, véase Néstor P. SAGÜÉS: *Teoría de la Constitución*, Ob. Cit., pág. 268. Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 217 a 221.

caracterizarían por reunir la supuesta particularidad de ser «principios», principios de fin por oposición a las reglas de fin. En dicha línea, los mencionados autores sostienen lo siguiente:

«[L]as directrices vendrían a ser, en el terreno de los principios (en sentido amplio), el pendant de las reglas de fin. La diferencia entre reglas de fin y directrices se halla en que las primeras configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las segundas lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las primeras establecen un fin que debe cumplirse en forma plena y no, como es el caso de las segundas, en la mayor medida posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios disponibles»³⁹⁵.

Aunque el planteo no me resulta del todo claro, parecen establecerse dos pretendidas diferencias entre las directrices y las reglas de fin, a saber:

(a) la primera de ellas consiste en que en las directrices las condiciones de aplicabilidad serían abiertas -precisamente este rasgo es el que caracteriza a los principios en sentido amplio en la posición de ATIENZA y RUIZ MANERO-, predicándose pues la apertura de la conducta en términos de medios y de los propios fines; y

(b) la segunda de ellas, que las diferenciaría de los principios en sentido estricto, consistiría en que las directrices se aplican en la mayor medida posible, precisamente, dependiendo de la concurrencia con otros fines y de los medios disponibles. Respectivamente, en función de las posibilidades jurídicas y fácticas, en la terminología de ALEXY para describir a los principios.

Es preciso de antemano reiterar también respecto de estos casos que es dogmáticamente inaceptable entender la apertura -de medios y de fines- como indeterminación absoluta. A su vez, la mera concurrencia con otras normas no conduce a una aplicación por grados sino que ella -en el plano de la apariencia- responde a la vaguedad de la conducta o conductas previstas, que deben delimitarse con apoyo contextual, y a la configuración de la conducta del obligado, según se establezca una obligación o deber de medios o de resultados.

Así, el fenómeno de las «posibilidades jurídicas» no es otro que el de la interpretación sistemática, sobre la base de que la apertura no puede ser absoluta, cabe

³⁹⁵ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ob. Cit. pág. 11.

aquí remitirse al rechazo oportunamente fundamentado al tratar el concepto de «principio»; y el de las «posibilidades fácticas» un problema de estándares de responsabilidad del obligado y de tratamiento jurídico de la imposibilidad.

No todas las normas de fin admiten necesariamente un elenco de conductas concretas para cumplir con el mandato general de causar el resultado, pues perfectamente podría establecerse un fin concreto que indubitablemente se consiga en virtud de una conducta precisa y no de otras, aunque no tenga demasiado sentido formular una norma en atención a dicho elemento en tales casos. La enunciación de una norma que consigna un deber en función de un fin se justifica ante la posibilidad de adoptar razonablemente diversas conductas que puedan simultáneamente considerarse conducentes para el propósito trazado.

Supongamos que las directrices no refieren a la multiplicidad de opciones, que parece ser una propiedad no necesaria pero común -por las razones de sentido antedichas- en las normas de fin, sino específicamente a aquellas que no las disponen tasadamente o de las que no surgen con demasiada precisión por la propia abstracción del fin consignado. La variedad de conductas eventualmente adecuadas para dar cumplimiento a la norma determina que con carácter general pueda afirmarse que una posible solución no es excluyente de otras. Pero una vez considerada específicamente una conducta u omisión determinada, despejadas posibles dudas sobre su alcance, concluyentemente debe resolverse si se encuentra referida o no por la norma de fin en cuestión, con la particularidad de que en la orientación a un fin no sólo cabe apreciar la adecuación o no de una conducta, sino niveles de intensidad.

Las dificultades en la determinación de conductas puntualmente comprendidas a partir de conductas genéricamente reguladas no son exclusivas de este tipo de normas. El problema es también aquí el de la indeterminación, aunque específicamente ocurra que en materia de «políticas» y «bienes colectivos» ésta suela verse pronunciada. Fundamentalmente por la pluralidad y abstracción de fines que imponen una delimitación sistemática compleja, los importantes elementos funcionales a considerar, y la singularidad de las dudas que refieren a la adecuación de conductas a un determinado fin con diferentes niveles de satisfacción.

También BÖCKENFÖRDE adiciona a la apertura de los medios posibles la intensidad de la realización del fin como característica, más específicamente, de las

normas de «programación final» contenidas en las Constituciones³⁹⁶ -a estos efectos equiparables a las «directrices»-. Como se indicó, dicha nota se explica por la relativa indeterminación de las formulaciones normativas que las expresan y la pluralidad de fines concomitantes sin preferencia notoriamente consignada, determinada como producto de una interpretación contextual.

En definitiva, no obstante las particularidades referidas, es también en estos casos la vaguedad en la determinación de la conducta debida la que genera un inconveniente hermenéutico, demás está decir, ello sin perjuicio de una especial entidad de este último. Sin embargo, debe insistirse en el repudio de los extremos que conducen a una tesis de la indeterminación absoluta. La precisión de los fines y el abanico de conductas posibles para su consecución son variables, presentándose en función de ello una mayor o menor cantidad de casos claros o difíciles, pero no es posible sentar pauta directiva alguna -y se supone que las «directrices» en tanto normas lo serían- sin partir de casos paradigmáticos comprendidos o excluidos por la norma.

Por otra parte, la determinación de la naturaleza de ciertas obligaciones o deberes de hacer como de medios por oposición a las de resultados, asentada en la doctrina civilista³⁹⁷, añade todavía más complejidad a la cuestión y podría llevar a explicar algo más la idea de una eventual aplicación por grados en relación a las posibilidades fácticas³⁹⁸, de modo que es pertinente reflexionar a su respecto. En estos casos, se considera cumplido el deber ante la actuación diligente del sujeto deudor, sin que se incurra en algún tipo de responsabilidad ante la no obtención de un resultado determinado. Así, la «gradualidad» de la aplicación podría entenderse desde una singular perspectiva asociada a la valoración de la conducta adoptada en clave de culpabilidad, en definitiva, si se actuó o no diligentemente pese al fracaso desde la óptica del resultado. En otras palabras, debe analizarse también el alcance del deber relevante, que puede compeler al sujeto comprendido a realizar lo razonablemente al alcance de un sujeto idóneo en la especie de que se trate para obtener un resultado como

³⁹⁶ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, Ob. Cit., pág. 16.

³⁹⁷ Sobre la distinción entre obligaciones de medios y de resultados véase Jorge GAMARRA: *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XX, .Responsabilidad extracontractual, Vol. 2, 2ª edición ampliada, FCU, Montevideo, 2012, págs. 69 y ss. Gerardo CAFFERA y Andrés MARÍÑO: “La obligación de resultado: un paradigma en crisis”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, FCU, Montevideo, 1998. Gerardo CAFFERA: “Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado”, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 84, Nº 7-12, Montevideo, 1999, págs. 267 a 277.

³⁹⁸ Robert ALEXY: “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, en Ob. Cit., pág. 143.

fin o, más estrictamente, directamente mandar su obtención, sin más, salvo verdadera imposibilidad.

El punto no es completamente abordado si se plantea exclusivamente en términos de «posibilidades» fácticas, pues una cosa es la actuación con diligencia, incluso ante recursos escasos y concurrencia de fines, y otra la lisa y llana imposibilidad de cumplir con un deber u obligación -causa extraña no imputable u otras causas de justificación-, que en los sistemas modernos opera en todo caso como eximente.

Aunque puede llegar a ser razonable postular que las normas de fin que refieren a «políticas» se consideren como obligaciones o deberes de medios -excusas por lo confuso de la terminología, pero es sin dudas la predominante-, ello no suele consignarse en forma expresa en las Constituciones³⁹⁹. Su consideración en tal sentido responde a una construcción dogmática que bajo una teoría consistente de la Constitución tiene especialmente en cuenta los aspectos funcionales, el papel del legislador y de los jueces en el sistema constitucional.

El parámetro de la «diligencia», que luce razonable en materia de gestión de políticas sobre bienes constitucionales coexistentes con recursos limitados, así como la exigencia de un alineamiento pero no la necesaria obtención de un resultado específico en la configuración del deber, conlleva una mesurada priorización de fines. Diferencias de intensidad en la persecución de metas concomitantes que, no obstante, no habilitan la actuación u omisión notoriamente contraria a las finalidades positivamente establecidas.

Debe insistirse que este punto no define tampoco una particular estructura de las «directrices», sino que la admisión de niveles de intensidad se determina por razones de vaguedad -no de absoluta indeterminación- y se construye en función de una interpretación sistemática, que toma en cuenta aspectos funcionales acerca de los órganos constitucionales en mejores condiciones para decidir sobre cuestiones políticas.

Las normas de fin que refieren a políticas públicas y bienes colectivos son por lo general abstractas⁴⁰⁰ y admiten diversas alternativas legítimas, más o menos intensas, para su consecución, son varias y ambiciosas para las posibilidades reales de gestión ante recursos escasos y otra clase de limitaciones. A ello se suma una razonable tendencia dogmática a la valoración conforme a un estándar de diligencia y un margen

³⁹⁹ Entiendo que no es algo que no ocurre regularmente.

⁴⁰⁰ Ello no siempre es así, véase por ejemplo el artículo 50 de la Constitución uruguaya vigente que establece una política comercial muy específica, proteccionista y de sustitución de importaciones.

de apreciación de los poderes tradicionalmente denominados políticos por razones democráticas.

Pese a todo ello, es posible encontrar casos paradigmáticos de inclusión o de transgresión de lo dispuesto por una norma de fin de las referidas y por lo tanto no cabe negar su normatividad o, lo que hace sus veces, postular su indeterminación absoluta. En todo caso, la disyuntiva no se entabla entre la existencia de algún subtipo de norma radicalmente abierto y esencialmente diverso a las normas en sentido estricto, sino entre la existencia de una norma y formulaciones banales carentes de todo tipo de función normativa.

En fin, la regulación en consideración de un fin tampoco tiene relevancia en la estructura de las normas ni presenta elementos que no se expliquen a partir de la interpretación de disposiciones. Así como no existe diferencia de esencia entre reglas y principios, tampoco la existe entre reglas de fin y directrices. Tal apariencia se genera, en lo que aquí concierne, por el carácter pronunciadamente abierto de las disposiciones que determinan la regulación en materia de «políticas públicas» en base a fines. Por diversas razones atendibles, fundamentalmente democráticas, de pluralismo y liberalismo político, de significativa relevancia para el desarrollo de esta tesis, éstas se formulan e interpretan con singular apertura a efectos de conferir un considerable margen de apreciación a los órganos políticos obligados, muy especialmente al legislador.

3. Interpretación constitucional y método.

La interpretación constitucional en un sistema reconocido sobre la base de fuentes formales escalonadas, no es otra cosa que la interpretación de disposiciones normativas manifestadas en actos constitucionales. No debe perderse de vista que la interpretación jurídica en este sentido tiene siempre por objeto un texto⁴⁰¹ y que se asume para el desarrollo de esta tesis una concepción amplia, equiparable a la tarea de comprensión, procedente toda vez que se enfrente un enunciado normativo -no únicamente en supuestos de duda-⁴⁰².

Atendiendo a un criterio sustancial, podría plantearse que la interpretación constitucional es la que se efectúa respecto de enunciados de normas materialmente

⁴⁰¹ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., p. 59.

⁴⁰² Véase *ut supra* III.1.1.

constitucionales, pero ello sería algo problemático, pues el punto de partida es necesariamente un texto y éste se identifica por su fuente. Es recién analizado el precepto que puede concluirse su eventual naturaleza constitucional por razones materiales. Así, luego de culminada la tarea interpretativa podrá sostenerse que la interpretación en cuestión era constitucional en un sentido sustancial pero no de antemano.

La interpretación «de la Constitución» es distinguida por ciertos autores de la interpretación «constitucional». Entendiéndose por la primera la que recae sobre textos normativos contenidos en actos constitucionales -jerárquicamente supremos en un sentido formal-, y por la segunda la que refiere a la interpretación de textos contenidos en actos constitucionales o en otros actos jurídicos, con el propósito de determinar su adecuación a la Constitución, o bien aquella efectuada por algún intérprete de singular posición institucional -como lo sería un Tribunal Constitucional-⁴⁰³.

Sin embargo, aquí se utilizarán ambas indistintamente. Aunque pueda en ocasiones constatarse en la práctica de los juristas el uso de la expresión interpretación «constitucional» con el alcance específicamente indicado en el párrafo precedente, no menos cierto es que también ésta se utiliza como sinónimo de la interpretación «de la Constitución», resultando el contexto determinante para delimitar alguno de los sentidos posibles. A su vez, atendiendo a la distinción referida, lo cierto es que toda interpretación «constitucional» supone una interpretación «de la Constitución».

Por otra parte, en tanto la Constitución es un conglomerado de disposiciones que expresan normas, en un sentido estricto, su interpretación sería la del conjunto. Con menos precisión terminológica, por interpretación «de la Constitución» análogamente se entiende lo que más exactamente cabría denominar como la interpretación de enunciados, disposiciones o textos constitucionales puntuales, de las piezas que componen el sistema consideradas como tales. Aunque la dualidad de sentidos parece deberse a razones de simplificación, no deja de ser sugestivo el punto de contacto entre ambas, en la medida en que es insoslayable la interpretación de la Constitución toda -de todos sus enunciados- para una adecuada interpretación de enunciados particulares.

⁴⁰³ Javier JIMENEZ CAMPO: “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia jurídica básica*, Vol. III, CIVITAS, Madrid, 1995, pág. 3685.

La interpretación de la Constitución es interpretación jurídica⁴⁰⁴, pues versa sobre la adjudicación de sentido a textos normativos, en la especie, de fuente constitucional formal⁴⁰⁵. Ahora bien, de ello no se sigue necesariamente que resulten suficiente ni íntegramente aplicables a la interpretación constitucional los cánones tradicionales de interpretación jurídica -el análisis textual, lógico, sistemático e histórico-⁴⁰⁶, diseñados en el marco de un esquema de hegemonía de los actos legislativos, es necesario por tanto analizar el punto con más detalle. Quizás sea excesivamente osado afirmar que existe algo así como un método de interpretación jurídica tradicional y general para cualquier tipo de texto normativo. Pero puede con más prudencia afirmarse que existen cánones tradicionales de interpretación, los previamente referidos -eventualmente añadiendo al criterio sociológico-, que según su articulación determinan métodos con diferencias no esenciales.

Es razonable que se establezcan especificidades según la categoría de acto de que se trate y en atención a sus singularidades, que no obstante una base común, pues sin excepciones se trata de una actividad racional a partir de enunciados de un lenguaje natural y contenido normativo, justifican analizar si corresponde un método de interpretación ajustado a medida. Así, sin perjuicio de rasgos comunes, son por ejemplo atendibles las distinciones entre el método de interpretación de disposiciones legales consignado en los artículos 17 y siguientes del Título Preliminar del Código Civil uruguayo⁴⁰⁷ y el método de interpretación de los contratos establecido en los artículos 1298 y siguientes de dicho cuerpo normativo⁴⁰⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse, pues es lo que aquí interesa, sobre el método de interpretación de enunciados constitucionales, entre otras cosas, especialmente porque

⁴⁰⁴ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit. pág. 3. Sobre interpretación jurídica en general véase F. SAINZ MORENO: "Interpretación jurídica", en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, págs. 279 y ss. Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pág. 316 y ss.

⁴⁰⁵ Se insiste en que a estos efectos no se considera la interpretación de prácticas sino de enunciados contenidos en actos jurídicos formales.

⁴⁰⁶ Firederich Carl Von SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Editorial Analecta, Madrid, 2004, págs. 187 y 188.

⁴⁰⁷ El artículo 16 refiere la tarea de «aplicación» en sentido amplio que se denomina como «integración». Estrictamente, en el entendido de que la integración no es sino el resultado de una interpretación sistemática, podría considerarse que las normas sobre interpretación se ubican en verdad en los artículos 16 y siguientes del Código Civil.

⁴⁰⁸ Sobre interpretación del contrato Jorge GAMARRA: *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, Ob. Cit., págs. 217 y ss.

buena parte de los estudiosos que se han ocupado del tema sostienen que los criterios tradicionales son insuficientes en materia de interpretación constitucional⁴⁰⁹.

El cuestionamiento puede referir a la presentación de un método consignado en un determinado ordenamiento jurídico, a la forma en la que los operadores efectivamente interpretan los textos constitucionales, o bien a un análisis de cómo la interpretación debería ser en atención a las bases cognitivas elementales⁴¹⁰ y a las características puntuales de las Constituciones modernas y su teleología. En dicho sentido, las respuestas exigen, respectivamente, un estudio de Derecho positivo -la interpretación de enunciados normativos sobre interpretación⁴¹¹-, uno fundamentalmente jurisprudencial, y otro teórico y dogmático.

La interrogante pretende aquí formularse y responderse en el tercer sentido indicado. Es cierto que las Constituciones varían y que ello hace extremadamente difícil una teorización sobre el tema⁴¹², más allá de una necesaria perspectiva básica sobre aspectos metodológicos de la interpretación de textos y, más específicamente, de textos normativos. Pero también lo es que algunos rasgos permiten presentar un modelo de Constituciones «modernas», rígidas, que además de orgánicas son «materiales» y con destacada presencia de normas dotadas de apertura, fundamentalmente por su abstracción, que justifican algún tipo de teorización adicional.

No se trata, por lo tanto, de presentar un estudio acerca de cómo ciertos tribunales interpretan la Constitución⁴¹³ -importantísimo, sin dudas-, ni de centrarse en normas positivas y escritas que refieran específicamente a la interpretación constitucional, entre otras cosas, porque estas últimas no suelen establecerse, al menos no con la Constitución como su fuente.

⁴⁰⁹ Por otros, Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 40. Véase nota al pie número 293 de este trabajo.

⁴¹⁰ Aciertan ARZOZ SANTISTEBAN y REQUENA LÓPEZ al indicar que en la interpretación jurídica como tal existen pasos metodológicos elementales. Véase respectivamente Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 128 y Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., pág. 101.

⁴¹¹ Demás está decir que incluso ante la presencia de normas sobre interpretación, para su propia interpretación es necesario acudir a algún procedimiento no estipulado formalmente, es decir, en definitiva es inevitable una manifestación mínima de tarea interpretativa sin recurso posible al Derecho positivo

⁴¹² Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 124.

⁴¹³ Muy buenos análisis y reconstrucciones sobre la interpretación de la Constitución en función de la forma en que los tribunales la interpretan pueden hallarse en Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS: *La argumentación en la justicia constitucional española*. Instituto Vasco de Administración Pública. Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, Oñati, 1987, Enrique ALONSO: Ob. Cit.; Néstor P. SAGÜÉS: "Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", Ob. Cit., y Konrad HESSE: Ob. Cit.

Tanto en el sistema español como en el uruguayo, presentados ambos como muestrario para explicar posiciones, se prescinde de normas constitucionales formales que con carácter general pauten la interpretación de la Constitución. Puntualmente en relación con las normas de derechos fundamentales y libertades constitucionales, el artículo 10.2 de la Constitución española dispone la interpretación de los enunciados que las expresan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia. No obstante, no se dispone de un elenco de normas que refieran al método de interpretación constitucional propiamente dicho, a los aspectos hermenéuticos elementales de los que inevitablemente debe partirse al interpretar un texto. En la Constitución uruguaya, por su parte, no se establece siquiera en forma accesoria referencia alguna a la interpretación de sus cláusulas o de algunas de ellas.

En el ordenamiento jurídico español, pese a lo indicado, no puede afirmarse sin más que no existe normativa sobre la interpretación de las normas constitucionales, es cierto que no existen normas de fuente constitucional en tal sentido -con la salvedad oportunamente indicada- y que tampoco existe normativa legal que particularmente refiera a la materia. Sin embargo, con carácter general y, por tanto, de aplicación ante la ausencia de regulación específica, el Código Civil español en su artículo 3.1 regula la interpretación de enunciados normativos -estrictamente refiere a normas jurídicas-, sin acotar su alcance a determinadas categorías de normas. Allí se sientan todos los cánones tradicionales de interpretación⁴¹⁴, agotando los criterios conocidos de atribución de sentido a un texto⁴¹⁵. La aplicación de tales estándares para la interpretación de disposiciones constitucionales no es pacífica en la doctrina española, discutiéndose su carácter vinculante -principalmente en lo que refiere a normas de superior valor y

⁴¹⁴ Nótese que se incluye en el elenco al criterio sociológico o la consideración de la realidad social del intérprete de turno. Su notable importancia actual es incuestionable, pero a diferencia de los restantes criterios parece bastante difícil su calificación como «tradicional». No se consideró su inclusión en el Proyecto de Code Civil francés de 1800, ni en el Código de Luisiana, ni fue considerado en la dogmática decimonónica más destacada y admitida que se ocupó de estudiar el tema -como SAVIGNY-. Por otra parte, cabe también otra salvedad, es más preciso considerar el espíritu o la finalidad como el objeto -al menos un objeto primario- de la tarea interpretativa más que como un criterio hermenéutico propiamente dicho, pues la finalidad, que luego es determinante para adjudicar el sentido al texto, se percibe conforme la aplicación de los otros criterios, fundamentalmente del sistemático. En similar sentido véase Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, págs. 65 y ss.

⁴¹⁵ El artículo 3.1 del Título Preliminar del Código Civil español reza lo siguiente: «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*».

fuerza- y el alcance del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴¹⁶. Ello desde una perspectiva exclusivamente de Derecho positivo conforme los criterios de aplicación reconocidos, pero, desde luego, también puede cuestionarse la idoneidad, suficiencia y conveniencia del método independientemente de una solución positiva, según se desarrollará más adelante.

La problemática indicada no se presenta de la misma forma en el ordenamiento jurídico uruguayo. La normativa sobre interpretación del Título Preliminar del Código Civil -que a diferencia de la española dispone una prelación de los criterios consignados⁴¹⁷- expresamente refiere a las leyes -enunciados manifestados en actos legislativos- y no a las normas jurídicas, más exactamente, a los enunciados normativos sin distinción por su fuente. Según entiendo, la interpretación de las disposiciones constitucionales no se encuentra, por tanto, ni siquiera genéricamente comprendida o potencialmente comprendida por las normas legales sobre interpretación, en la medida en que con contundencia ellas disponen el tipo de actos -las leyes- a las que se dirigen. A su turno, sin perjuicio de su incidencia suasoria por su racionalidad y amplia tradición entre la comunidad de juristas, debe de plano descartarse su aplicación preceptiva por obra de la analogía. Ora por las dificultades que encierra admitir la aplicación analógica entre normas de diferente rango en el sentido inverso al de la jerarquía, ora porque es evidente que existen particularidades de la normativa constitucional uruguaya -por ejemplo, de su proceso de elaboración-, que la diferencian de las normas de rango legal.

Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, a quien se atribuye la definición del método de interpretación de la Constitución todavía asentado en la doctrina uruguaya -el denominado método lógico sistemático y teleológico⁴¹⁸-, por otras razones descartó la

⁴¹⁶ Una presentación sintética de la controversia puede encontrarse en Raúl CANOSA USERA: *Interpretación y fórmula política*, Ob. Cit., págs. 89 y 90, y en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 125 a 128.

⁴¹⁷ En el subcapítulo V.4.3 se referirá con mayor detalle al método de interpretación de las leyes dispuesto en el Código Civil uruguayo.

⁴¹⁸ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*. Tomo I, Ob. Cit., págs. 134 y ss. Véase un completo resumen de las posiciones doctrinales posteriores a la obra de JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y una necesidad de actualizar los estudios de la materia en Eduardo ESTEVA GALICCHIO: “La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/15.pdf>, págs. 271 y ss. Véase también Horacio CASSINELLI MUÑOZ: “La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución”, en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, pág. 285. Originalmente publicado en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Tomo 55, Montevideo, págs. 125 y ss. Recientemente RISSO FERRAND propuso replantear el tema, contemplando alguna de las posturas por lo general antes omitidas en los estudios nacionales -al menos desde la instauración del método admitido- y de difusión en Europa y en Estados Unidos. Véase Martín RISSO FERRAND: “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad uruguaya”, en *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca,

aplicación obligatoria de las reglas interpretativas de la normativa legal. Así, postuló, a mi juicio equivocadamente, que razones de jerarquía sin más lo impiden. En puridad, y más allá de juicios de conveniencia, francamente considero que se trata de materia constitucional y que incluso la normativa sobre la interpretación de las leyes lo es. La jerarquía no resulta apriorísticamente problemática, pues en ausencia de contradicción de la solución legislativa con la Constitución su aplicación no podría cuestionarse. Independientemente de lo indicado, al realizar precisiones importantes en un ensayo de trasladar dichos criterios a la interpretación constitucional, implícitamente demostró la importancia sustancial del método por su propio peso tanto como la necesidad de ajustarlo⁴¹⁹.

Existe desde entonces un cierto consenso en la dogmática uruguaya sobre el carácter no obligatorio de la normativa legal referida para la interpretación de la Constitución, sin dejar de reconocer su valor metodológico intrínseco en tanto consigna pautas elementales para la interpretación de textos jurídicos, que deben en todo caso matizarse o corregirse para la interpretación de disposiciones constitucionales⁴²⁰.

Más allá de las distintas soluciones de Derecho positivo que puedan llegar a presentarse, mayormente interesa cuestionarse sobre el método más adecuado de interpretación de acuerdo a las particularidades de las disposiciones constitucionales que previamente se enunciaron y que pueden conglomerarse bajo el rótulo de la apertura, así como ciertas singularidades en su procedimiento de elaboración. No debe perderse de vista la pronunciada vaguedad constitucional, la axiología y politicidad, la utilización de conceptos, la mutabilidad, y la destacada presencia de disposiciones que expresan principios y normas de fin, ni tampoco el dato central de que las Constituciones que aquí se estudian son rígidas.

Se sostendrá que los criterios no pueden ser otros que los de la hermenéutica general para la comprensión de enunciados, pues en definitiva se trata ante todo de atribuir un determinado sentido a textos, sin perjuicio de cierta intensidad o destaque de algunos de ellos. Para la interpretación de buena parte de las disposiciones constitucionales contemporáneas se potencia la importancia del elemento sistemático y, en conexión con éste, del teleológico, indefectiblemente a partir de una base literal.

2014, págs. 239 a 283. En cualquier caso, el método generalizado aún sigue siendo el planteado por JÍMENEZ DE ARÉCHAGA

⁴¹⁹ Justino JÍMENEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*. Tomo I, Ob. Cit., pág. 143.

⁴²⁰ IDEM. Véase también Eduardo ESTEVA GALICCHIO: “La interpretación constitucional según la doctrina uruguaya”, en Ob. Cit., págs., 265 y ss., Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 62.

3.1. Sobre el método de interpretación de la Constitución.

Las diferentes posiciones sobre el método de interpretación constitucional se han planteado en buena medida por la admisión, adaptación -selectiva o complementaria- o rechazo de los criterios tradicionales de interpretación de las disposiciones normativas. Así, partiendo de un marco teórico mínimo relativamente admitido como elemental en la materia interpretativa con generalidad, los cuestionamientos se nuclean fundamentalmente sobre su aplicabilidad, aunque reconociéndose diferencias de importancia entre sus componentes y complementaciones, o bien asumiendo la tarea como algo esencialmente diferente.

También incide en la definición, demás está decir, la concepción que se asuma sobre la interpretación, necesariamente tomando por objeto un texto⁴²¹ -no prácticas u otros símbolos no lingüísticos-, pero entendiéndola como un proceso siempre necesario o únicamente procedente para poner fin a escenarios de duda⁴²². Nótese que, por ejemplo, ante la postura indicada en primer término el análisis literal o gramatical es insoslayable como punto de partida en la interpretación propiamente dicha y por lo tanto también como límite⁴²³. Mientras que en la segunda postura, poco aporta en principio en la resolución de la incertidumbre, que se considera necesaria para que exista verdaderamente interpretación, aunque es necesario al menos un par de «comprensiones» gramaticales posibles del texto para configurarla, operando éstas sí, en definitiva, como límites de la interpretación⁴²⁴.

No obstante asumirse un posicionamiento no esencialista sobre la peculiaridad de la interpretación constitucional y el papel de los criterios tradicionales, no puede omitirse que en relación con las Constituciones modernas, caracterizadas por la apertura de un considerable número de sus disposiciones⁴²⁵, así como por su particular procedimiento de elaboración, es necesario que se tomen en cuenta tales especificidades para pulir o definir normativamente un método con rasgos propios.

⁴²¹ Raúl CANOSA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 59.

⁴²² Véase ut supra III.1.1.

⁴²³ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación y fórmula política*, Ob. Cit. págs. 93 y 95. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Ob. Cit., pág. 26.

⁴²⁴ Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 48 y 49.

⁴²⁵ Enrique ALONSO GARCÍA: *La interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., pág. 16, Francisco RUBIO LLORENTE: "Rigidez y apertura en la Constitución", en Ob. Cit., págs. 137 y 138.

Por último, deben también distinguirse los criterios interpretativos en un sentido propio, el conjunto de herramientas para atribuir sentido a un texto -literal y lógico, contextual y sistemático, histórico, teleológico y eventualmente sociológico-, de los criterios en un sentido más amplio. En este conjunto más extenso se albergarían también pautas intermedias construidas o determinadas como una simplificación a partir de los pasos del método en sentido estricto antes referido, fundamentalmente inferidas como resultado de una interpretación sistemática del conjunto de disposiciones⁴²⁶. Así, en similar sentido, REQUENA LÓPEZ distingue criterios interpretativos de directivas interpretativas⁴²⁷.

Así, el método de interpretación *lato sensu* se compondría de ambos elementos: (i) los criterios estrictos como instrumentos elementales para argumentar sobre el significado de enunciados y las reglas sobre su aplicación; y (ii) las pautas intermedias generalmente confeccionadas a partir de la aplicación de éstos para la preferencia entre soluciones razonables. Sin embargo, únicamente los primeros son determinantes de su esencia, pues los segundos son básicamente desarrollos a partir de su ejecución. Así, pueden contingentemente existir pautas que favorezcan la extensión analógica o la interpretación restrictiva, según se tutele más a la igualdad o a la libertad, pero no puede existir interpretación sin análisis literal y contextual. No es posible atribuir sentido a un texto con racionalidad sin acudir a ellos.

3.1.1 ¿Un método de interpretación esencialmente distinto?

En buena medida se adelantó que no se justifica el desecho de los criterios tradicionales de interpretación, básicamente, porque se trata de aspectos elementales de la metodología jurídica⁴²⁸ razonables para atribuir significado a un enunciado normativo y a cualquier texto en general, pero que deben de todas formas reconocerse variaciones de relevancia e incidencia. Así lo exigen ciertas características del acto jurídico constitucional que contiene la disposición en cuestión -por su procedimiento de

⁴²⁶ Tal es el caso, entre otros, del *in dubio pro legislatore* o del *favor libertatis*.

⁴²⁷ Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 62 y 63.

⁴²⁸ Por otros, Alberto Ramón REAL: *Derecho constitucional*, Tomo I, 10ª edición, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1969, pág. 104. Joaquín REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., pág. 70; Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 128 y 129. Véase nota al pie 293 de este trabajo.

elaboración-, de la disposición misma -por su grado de apertura- y, cabe agregar, de la posición institucional de los intérpretes⁴²⁹.

Es dable analizar, aunque sea brevemente, las tesituras de la metodología exclusiva y autónoma de la interpretación constitucional, principalmente a partir de la posición de dos autores de calidad innegable como HESSE y BÖCKENFÖRDE. Ello no sólo es relevante porque el rigor en el estudio impone considerarlos, máxime si se considera su merecido prestigio, sino también porque más allá de la anticipada discrepancia sobre la «naturaleza» del método, en sustancia realizan aportes fundamentales en la materia. A saber, respectivamente plantean la idea de «concretización» y la necesidad de confeccionar «una teoría de la Constitución» como base de la tarea interpretativa posterior.

Luego de repasar la invocación dispar del uso de las reglas interpretativas que hace el Tribunal Constitucional Federal Alemán, HESSE sostiene que apelar a las reglas tradicionales supone desconocer la finalidad de la interpretación constitucional⁴³⁰, que viene en verdad determinada por la singular necesidad de concretar normas abstractas (*konkretisierung*)⁴³¹.

No es extraño que luego de analizar la jurisprudencia de un tribunal, de actuación fundamentalmente concreta⁴³², se verifique una interpretación orientada al caso y, precisamente, caracterizada por la concretización. Sin embargo, de ello no necesariamente se sigue que la interpretación constitucional consista en la concretización, pues puede con otros propósitos menos frecuentes realizarse una interpretación en abstracto de las cláusulas constitucionales⁴³³. Debe igualmente admitirse que tratándose de normas abiertas, éstas no pueden resultar delimitadas con precisión sin determinar su alcance en atención de supuestos concretos comprendidos o excluidos de la regulación.

⁴²⁹ En similar sentido véase Javier JIMÉNEZ CAMPO: “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. III, Civitas, 1995, pág. 3687.

⁴³⁰ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 40.

⁴³¹ IDEM: págs. 40 y 41,

⁴³² Pese a que la Ley Fundamental de Bonn establece el control de constitucionalidad en abstracto en su artículo 93.(1).2, predomina cuantitativamente el control concreto canalizado a través de acciones de amparo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93.(1).4a, o a través del control concreto previsto en el artículo 100. Sobre el tránsito del diseño *kelseniano* abstracto de control de constitucionalidad a su papel en la actualidad, véase Francisco RUBIO LLORENTE: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Ob. Cit., pág. 1389.

⁴³³ Sobre interpretación en abstracto y en concreto, véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 33 a 36 y “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, tomo II, FCU, págs. 92 y 93.

La interpretación efectuada a efectos de la aplicación a un caso de la norma resultante, en tanto se trate de una norma general, implica siempre concretización. No es algo nuevo, se trata de la llamada «subsunción» del caso en la norma, el «silogismo», que puede presentarse desde la faceta interpretativa como la formulación de la norma de manera más concreta, puntualmente en consideración del caso. Si se prefiere, alternativamente, sería la formulación de una norma concreta comprendida por una norma abstracta o derivada de ella. Las dificultades para determinar la norma en ese grado de concreción son las que varían, precisamente, según su «apertura» y la relativa indeterminación de la disposición que la expresa. Es por eso que en la interpretación de cláusulas constitucionales materiales y abstractas que refieren a derechos la interpretación en concreto se dificulta pronunciadamente, pero no deja de ser una nota común de las disposiciones generales cualquiera sea su rango.

No debe extremarse el fenómeno de la concretización de tal forma que deje de ser considerada como el intento de adscripción de una manifestación normativa específica en una más abstracta. El discurso apunta así a la enmarcación y coincidencia, no a sentar un corte. Es posible que una norma no presente dificultades interpretativas ni en abstracto ni en concreto, pero de existir alguna complejidad en la interpretación ello repercute igualmente en ambos planos -pues en definitiva se trata de la misma cosa-. Así, de identificarse dudas en la interpretación en abstracto y se concibe tensión con otras normas, ellas se reflejan necesariamente en determinados casos al concretizar. Del mismo modo, si se generan dudas genuinas al interpretar con afán de concreción una disposición, no es posible sostener que su interpretación en abstracto sea clara, aunque a primera vista así se hubiese percibido, pues precisamente se ponen en tela de juicio los límites de la norma así formulada.

Es cierto que para establecer los límites de una norma abierta es de enorme utilidad plantearse casos puntuales, y que ello es inevitable en instancias de aplicación jurisdiccional de las normas jurídicas, pero el abordaje en abstracto o en concreto no es más que una cuestión de perspectivas, preferibles según la finalidad que se persiga al efectuar la interpretación.

Por su parte, además de centrar la interpretación constitucional en la concretización, HESSE propone un listado de «principios» a los que corresponde orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista que

deben llevar a la solución del problema en cada caso⁴³⁴. Debe desde ya sentarse que todos y cada uno de ellos son compartibles y de utilidad, sin dudas, pero desde la concepción de la interpretación asumida, en verdad no son sino el resultado de una interpretación de las disposiciones reconocidas como constitucionales conforme criterios y presupuestos tradicionales de interpretación. Son fundamentalmente consecuencia de la aplicación del criterio sistemático y del teleológico⁴³⁵.

Es dable brevemente presentar a los principios mencionados, por su importancia desde el punto de vista de la práctica de los juristas -insisto en que simplifican la tarea del intérprete-, para demostrar seguidamente y en lo respectivo como su construcción necesariamente se sustenta en los criterios de interpretación antedichos.

a) Principio de la unidad de la Constitución. La relación existente entre los distintos elementos de la Constitución obliga a no considerar en ningún caso a la norma aislada. Todas las normas constitucionales deben interpretarse de manera que se eviten contradicciones⁴³⁶.

La elusión de antinomias innecesarias es parte esencial de la interpretación sistemática y de considerar el ordenamiento todo como una unidad, asociado a un afán de racionalidad y de coherencia. Es a partir del desarrollo de esta idea que también se justifica la interpretación de la ley conforme a la Constitución que más adelante se analizará. La unidad en tal caso es la del ordenamiento todo y no la de la Constitución como subsistema principal, pero es ostensible que subyace al principio la nota de sistematicidad y, más concretamente, el criterio sistemático en sede interpretativa. Unidad y sistema, no son más que diferentes enfoques sobre un mismo punto.

b) Principio de concordancia práctica. Los bienes constitucionales deben ser coordinados de modo que conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se puede precipitadamente efectuar una ponderación de bienes que lleve a realizar uno a costa de otro. Se exige una labor de optimización⁴³⁷.

En este punto, no obstante recoger una particularidad de ciertas normas constitucionales como lo es su apertura, es todavía más claro que lo postulado no es más

⁴³⁴ Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 45 y ss.

⁴³⁵ En similar sentido véase Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 83 y 84. También FERRERES COMELLA circunscribe los llamados principios de interpretación constitucional a los criterios tradicionales referidos, aunque, como se indicará oportunamente, considera que el principio de corrección funcional es efectivamente autónomo. Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 40 a 42.

⁴³⁶ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 45.

⁴³⁷ IDEM

que aplicación de una interpretación sistemática, esto es, de tomar en cuenta y puntualmente no violentar -armonizar- lo establecido por otra disposición del sistema.

c) Principio de la eficacia integradora. Si la Constitución propone el mantenimiento de la unidad política, ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas a aquellos puntos de vista que promuevan dicha unidad⁴³⁸.

También en este caso la raíz del principio se basa en el criterio sistemático, aunque iluminado por su especial relación con el teleológico. Se parte de una previa interpretación de la Constitución en su totalidad o al menos de parte de ella -sistemáticamente- para determinar como uno de los fines a la unidad política. Determinado así un fin de base normativa -expresa o implícitamente-, en tanto éste integra a efectos interpretativos el contexto de la disposición constitucional en cuestión, debe ser considerado conforme una interpretación sistemática, completándose así una retroalimentación⁴³⁹.

d) El principio de la fuerza normativa. Dar preferencia a las soluciones que contribuyan a la Constitución a obtener la máxima eficacia bajo las circunstancias de cada caso⁴⁴⁰.

Quizás este principio, que postula que ante la duda se resuelva por la solución que reconozca fuerza normativa a la disposición constitucional, excepcionalmente no responda tan claramente a criterios tradicionales que se vienen manejando, pero de todas formas no presenta singularidades respecto de las interpretaciones del resto de los enunciados normativos. Así, se presupone que las disposiciones aprobadas formalmente de acuerdo a los criterios de reconocimiento imperantes pretenden ser normativas. De ello razonablemente se sigue descartar la interpretación trivial desde el punto de vista jurídico, ante un escenario de alternativas atendibles, por despojar al enunciado de fuerza normativa. De todas formas, debe apuntarse que el criterio sistemático puede adquirir relevancia para determinar la maximización de la fuerza normativa de la Constitución en su conjunto. La propia fuerza normativa, aunque en última instancia

⁴³⁸ IDEM, pág. 47.

⁴³⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA con claridad sentó que los fines que guían la interpretación constitucional no son otros que los consignados en la Constitución. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit., págs. 137 a 139 y 149 a 151. Debe añadirse que los fines, pese a no establecerse expresamente en algunos casos, pueden con cierta abstracción inferirse de una interpretación sistemática de la Constitución o de algunas de sus disposiciones. En cualquier caso, la teleología en el sentido que aquí se menciona se entrelaza con la sistematicidad, pues son los fines sentados en otras normas los que pautan la interpretación y la atribución de fines -generalmente más concretos- de la disposición objeto de interpretación.

⁴⁴⁰ Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 47 y 48.

depende del reconocimiento y no de la consagración positiva, puede eventualmente recogerse formalmente como un fin, expresamente estipulado o determinado en función de una interpretación de la Carta en su totalidad.

e) Principio de la corrección funcional. Si la Constitución regula de una determinada manera los cometidos de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación no debe modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de la interpretación. Esto es en particular aplicable a las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional⁴⁴¹. Puesto que al Tribunal solo le corresponde una función de control, le está vedado una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador⁴⁴².

Este punto es de crucial importancia para el trabajo que nos ocupa, pues desde que se reconoce que existe una pluralidad de intérpretes⁴⁴³ que con distintos alcances interpretan la Constitución, debe especificarse el papel de cada uno de ellos y, más específicamente, el tipo y los límites de sus interpretaciones.

Como bien observa FERRERES COMELLA, es bajo este «principio» que en los sistemas constitucionales modernos puede reconocerse una deferencia al legislador y la denominada dificultad contra-mayoritaria -según la terminología de BICKEL⁴⁴⁴-. Sin embargo, no es correcto que este enfoque, que considera la posición del intérprete, sus funciones, la jerarquía y legitimidad democrática de sus actos, sea exclusivo de la interpretación de la Constitución⁴⁴⁵. También un planteo de «corrección funcional» puede presentarse, aunque con otras singularidades -claro está-, por ejemplo, al interpretarse disposiciones legales por órganos administrativos o bien al interpretarse un reglamento del Poder Ejecutivo por otros órganos subordinados.

Por otra parte, tampoco es posible desligar estos aspectos funcionales, de repercusión sobre la tarea interpretativa, de los criterios hermenéuticos generales. Para responder a los cuestionamientos sobre la forma de interpretación de la Constitución y

⁴⁴¹ HESSE maneja como ejemplo la relación entre legislador y Tribunal Constitucional. Sin embargo, pueden manejarse otras tantas «fricciones institucionales» en los modelos constitucionales modernos. En puridad también es aplicable a las relaciones entre legislador y jueces ordinarios, que aunque con diferentes alcances, incluso en los sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, aplican la Constitución en la resolución de sus casos. Así, al menos así lo hacen al interpretar la ley conforme a la Constitución o al plantear ante el órgano competente la inconstitucionalidad de una ley aplicable al caso -“la cuestión de inconstitucionalidad” según se la denomina en España-.

⁴⁴² Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 47.

⁴⁴³ Raúl CANOSA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 24.

⁴⁴⁴ Alexander M. BICKEL: Ob. Cit., pág. 16.

⁴⁴⁵ Así lo propone FERRERES. Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 41.

de la ley, es de importancia sentar quién es el intérprete en cuestión, identificar su función y su relacionamiento con otros intérpretes públicos, y ello no es susceptible de determinación sino como resultado de la aplicación de una interpretación sistemática de la Carta⁴⁴⁶. La circularidad referida, inevitable en tanto los «principios» bajo análisis son en la tesis que aquí se defiende derivados de una interpretación previa según criterios elementales de entendimiento de un texto inmerso en un discurso, es evidenciada también por FERRERES, quien denuncia que indicar que cada órgano debe actuar de acuerdo a sus límites impone seguidamente determinarlos interpretativamente.

Propone para sortear la crítica una reformulación más concreta del referido principio. Así, puntualmente limita el «principio» a las relaciones entre legislador y juez constitucional, y plantea que debe ajustarse en los siguientes términos: *«el juez debe interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones acerca de la ley no socaven el sistema de relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional»*⁴⁴⁷. La finalidad referida, de tutela de la democracia representativa y de un adecuado relacionamiento institucional sobre tales bases, considerada a estos efectos por su injerencia en la interpretación, es también el resultado de una interpretación sistémica de la Constitución.

No puede objetarse la relevancia en la interpretación del criterio de la «corrección funcional», conectado con la particular posición de la Constitución en el ordenamiento y la pluralidad de intérpretes relevantes, sin embargo, no es acertado predicar su autonomía en lo que refiere estrictamente a los criterios interpretativos. Su construcción es el resultado de una interpretación sistemática enfocada primordialmente a las competencias de los diferentes órganos constitucionales.

La interrogante que se pretende de alguna forma esclarecer en esta tesis, precisamente apunta a examinar, con la interpretación como epicentro, de qué forma un juez debe interpretar disposiciones constitucionales y legales relevantes para la solución de un caso, en principio atendiendo a su diferente grado de abstracción. El papel del juez y del legislador en el diseño constitucional es sin dudas un factor esencial a determinar para una respuesta adecuada a la pregunta sobre la interpretación jurisdiccional de la Constitución y de la ley.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 84 y 85 (especialmente véase allí la nota al pie 105).

⁴⁴⁷ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 42.

Por otro lado, retomando puntualmente el planteo de la interpretación constitucional como concretización, HESSE toma como herramienta al procedimiento tópico orientado al caso. Esto es, la edificación de la solución a partir del caso –de los hechos concretos- y sus particularidades, pero siempre guiado y orientado por la norma, afirmando que así se tendrán las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables⁴⁴⁸. La posición indicada es intuitiva, en tanto es cierto que al considerarse una norma abstracta y un caso deviene necesaria una concretización, pero presenta ciertas falencias.

No es en lo absoluto claro que la consideración del caso, en la fase de aplicación jurisdiccional sea monopolio de la interpretación constitucional, más bien me atrevería a afirmar lo contrario. A su vez, no se determina con contundencia de qué manera es que la norma orienta dicha tarea, parecería que para que ésta pueda servir como pauta en algún sentido es necesario primero interpretarla -así parece sugerirlo luego al indicar los principios de interpretación de la Constitución como guías necesarias-.

Por otra parte, también la tesis parece subestimar el problema de la indeterminación y la supuesta contienda de principios -estrictamente los problemas de delimitación de disposiciones abstractas, axiológicas y fundamentales-, y las verdaderas discrepancias morales que se presentan en los casos difíciles⁴⁴⁹. No obstante ello, es cierto que el método, el recurso a los principios de interpretación, y una necesaria argumentación descartan situaciones de arbitrariedad. Desde una perspectiva externa parece algo fuerte sostener que existirán las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos y controlables, pero desde una perspectiva interna de la discrecionalidad -véase *ut supra* III.2.1.4- la afirmación parece aceptable.

Como se indicó previamente, además de inevitable para la tarea jurisdiccional, es de enorme conveniencia para la comprensión más intensa de una disposición abstracta y de la norma que expresa, atender a situaciones concretas, a casos individuales. En realidad lo que se postula es algo básico, para determinar e ilustrar con precisión los límites de una norma, que al menos en forma abstracta deben encontrarse con antelación delineados, conviene ejemplificar. Vale recordar que la delimitación de la norma en su formulación concreta necesariamente implica delimitación de la norma

⁴⁴⁸ Konrad HESSE: Ob. Cit. pág. 48.

⁴⁴⁹ En similar sentido véase Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 32.

en abstracto que le sirve de soporte, pues se trata de un mismo fenómeno pero desde diferentes enfoques.

La necesaria consideración de la norma y del caso, hace que pueda generarse una idea de simultaneidad o retroalimentación entre ambas⁴⁵⁰, pero lo cierto es que la eventual identificación temporal en la labor jurisdiccional o dogmática concreta no debe conducir a una confusión con una prelación conceptual. En puridad la delimitación de las disposiciones normativas constitucionales a primera vista relevantes determinan la norma aplicable y a partir de ella la solución del caso, aunque sea este último el que por su concepción o acaecimiento efectivamente gatille la interpretación.

Una cosa es el plano normativo -que no deja de ser uno aunque se lo considere en abstracto o en concreto- y otra el plano fáctico. Ante un caso real acaecido a resolver se impone inmediatamente en la agenda la determinación de su tratamiento jurídico en el sistema, pero ello no altera el carácter jurídico de la tarea. Es más, puede que su realización sea incluso cronológica y no solo conceptualmente previa, por la ocurrencia de casos análogos pasados o bien por el estudio de escenarios ideales sobre casos que luego, respectivamente, se reiteran o suceden. Así, el caso se resuelve conforme a Derecho, a partir de la atribución de significado de un texto normativo, y no al revés -el Derecho de acuerdo al caso-.

Puede parecer una nimiedad, pero no debe confundirse normatividad y realidad. Se trata de una cuestión evidente, pero conviene de todas formas insistir en el punto ante un manejo prolífero de un panorama en el que el «caso» -sin especificar demasiado en qué consiste- se presenta como el centro de la interpretación. Eliminar el referido orden en la relación implica lisa y llanamente renegar del carácter prescriptivo del Derecho.

Una cosa es reconocer que ciertos casos son dudosos en función de la apertura de disposiciones y la concurrencia de normas aparentemente aplicables, resultando de utilidad el recurso a ejemplos limítrofes y un marco teórico de base preceptiva -positiva-. Otra muy distinta es que los casos en un sentido fáctico, de alguna manera, vaya a saber uno cómo, determinan el Derecho. La idea de que los hechos puedan dirimir las

⁴⁵⁰ Así parece pronunciarse MÜLLER, aunque al distinguir texto de norma y norma, señala que el texto de norma es necesariamente el punto de partida y que lo que se define luego concomitantemente con el caso es la norma. Véase Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 33; y Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 39 y ss. No me fue posible acceder a una traducción de la obra a los idiomas que manejo, de modo que la cita se efectúa en función de lo indicado en las obras referidas de BÖCKENFÖRDE y ARZOZ SANTISTEBAN.

dudas de interpretación, además de ser oscura -si no ininteligible- se da de bruces con la propia noción de normatividad. Supone un inadmisibles salto del ser al deber ser.

La apreciación del caso constitucional desde una perspectiva jurídica formal exige una base textual y, más precisamente, una interpretación sistemática a partir de ésta⁴⁵¹. Es decir, no se trata por lo general de una actividad libre o determinada por los hechos -si es que ello algo significa- sino que se efectúa desde un prisma elemental normativo y positivo que, como bien sostiene BÖCKENFÖRDE, requiere de la elaboración de una teoría de la Constitución⁴⁵². Así, el referido autor llega a sostener que el punto decisivo para el fortalecimiento de la normatividad de la Constitución no descansa tanto en una depuración del método, por muy importante que esto sea, sino que más bien radica en la orientación de la interpretación a un concepto o teoría de Constitución⁴⁵³.

Es en verdad discutible si el método determina una teoría de la Constitución o si sucede a la inversa, parece tratarse en realidad de factores que operan con dependencia recíproca⁴⁵⁴ sin que pueda determinarse alguna prelación -algo así como el caso del huevo y la gallina-. Es cierto que una teoría de una Constitución positiva requiere de la interpretación de las disposiciones que la componen⁴⁵⁵, pero también lo es que el método se forja en virtud de una idea de unidad y sistematicidad reconocida de antemano, que recién luego se complementa y perfecciona en función del resultado de la interpretación llevada a cabo originalmente conforme criterios cognoscitivos elementales o presupuestos.

En cualquier caso, lo que realmente importa es que una interpretación de la Constitución toda, textual ante todo, sistemática, teleológica y con vocación de racionalidad, debe conducir a la confección de una teoría de la Constitución adecuada⁴⁵⁶ arraigada en el propio texto. Dicha construcción constituye una pieza significativa para la delimitación de las normas constitucionales aisladamente consideradas, en su formulación abstracta o en su reformulación concreta en función de un caso.

⁴⁵¹ Rafael DE ASIS ROIG: Ob. Cit., pág. 205.

⁴⁵² Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 38.

⁴⁵³ IDEM, pág. 37.

⁴⁵⁴ IDEM

⁴⁵⁵ En similar sentido Raúl CANOSA USERA: “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Ob. Cit., pág. 2.

⁴⁵⁶ Así, BÖCKENFÖRDE ha indicado que «La elaboración de una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada debe tomar su punto de partida la Constitución misma, de sus decisiones y principios fundamentales, de los elementos asumidos o modificados de la tradición constitucional, de la coordinación alcanzada y del equilibrio de las funciones/poderes, etc.», Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 38.

Demás está decir que ello no inmuniza de zonas de penumbra y de supuestos en los que eventualmente exista para el intérprete paridad absoluta de argumentos -discrecionalidad en sentido fuerte-. Incluso en función de una pretensión de única teoría considerada y racionalmente confeccionada, las dudas persistentes igualmente aparecen, máxime si se consideran posibles fisuras o dificultades generadas, *v.gr.* por la eventual coexistencia de diversos «techos ideológicos»⁴⁵⁷. Pero es el soporte referido de todas formas suficientemente idóneo para preferir en la generalidad de los casos soluciones, con consistencia, racionalidad y asegurando así un nivel no desdeñable de control de los resultados. El intérprete se siente así sujeto a pautas -determinadas por la búsqueda de coherencia- conforme una única teoría que es en última instancia de raigambre positiva.

Así, la discrecionalidad lo será mayormente en un sentido débil -véase *ut supra* III.2.1.4-, admitiéndose un margen de apreciación inicial sobre un piso de razonabilidad, pero que se estrecha con la interpretación en los términos antedichos, hasta definirse respecto de un caso puntual una solución, concebida como la más adecuada para el intérprete a partir de una teoría consistente de la Constitución en cuestión.

Es de destacar que los «principios» de interpretación constitucional propuestos por HESSE también suponen una teorización mínima sobre la Constitución, que refiere a su unidad, sistematicidad y su fuerza normativa, aunque excepcionalmente en ciertos puntos resulta su concepción algo más precisa. La corrección funcional, que tan relevante es a efectos de esta tesis, consiste en un pronunciamiento sobre el equilibrio entre funciones y poderes que BÖCKENFÖRDE específicamente señala como parte de una teoría sobre la Carta -su teoría de la Constitución como marco-. Así, parecería que incluso en la postura de la concretización, al menos en la versión que principalmente se presenta, no se prescinde de una teoría de la Constitución en la tarea interpretativa y es por ello que puede identificarse al criterio sistemático subyacente en cada uno de los principios de interpretación.

En suma, comentadas algunas posturas destacadas que presentan la interpretación constitucional en forma trascendente respecto de los criterios tradicionales de interpretación jurídica, cabe concluir que pese a su relevancia y su potencia explicativa, cualquiera de ellas puede reconducirse a los cánones tradicionales.

⁴⁵⁷ Según la terminología de Pablo LUCAS VERDÚ: *Principios de ciencia política*, Tomo II, 3ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 63 y siguientes. Véase también, Néstor P. SAGÜÉS: *Teoría de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 154 a 157.

Básicamente son desarrollos o especificaciones a partir del criterio sistemático y no son necesariamente exclusivos de la interpretación de disposiciones constitucionales.

Así, la concretización como tal no es más que una cuestión de perspectiva, especialmente relevante en la tarea jurisdiccional, que en supuestos de complejidad requiere cuestionamientos sobre los límites de disposiciones formuladas con abstracción, teniendo por lo general en cuenta otras disposiciones que deben a la vez delimitarse para proporcionar una solución a un caso.

Por su parte, en lo que refiere a la teoría de la Constitución como soporte de la interpretación, no obstante ciertos elementos pueden resultar reconocidos con antelación o presupuestos, se construye principalmente a partir de una interpretación textual, sistemática y teleológica del conjunto de disposiciones contenidas en actos constitucionales. Una vez confeccionada -y sin perjuicio de revisiones- suple en términos pragmáticos la ejecución de una interpretación sistemática de fondo de toda la Constitución cada vez que se consideren cláusulas puntuales.

Por último, como también se adelantó, ninguna de las propuestas mencionadas es ajena a la interpretación de otros textos jurídicos -no constitucionales-, pues existen normas abiertas y abstractas de otros rangos⁴⁵⁸. Es necesaria una apropiada teoría como marco de la interpretación en cualquier caso -v. gr. una teoría de la legislación, de la legislación penal, una teoría del contrato- que determinan especificidades en el método de interpretación en sentido amplio, según el tipo de disposición de que se trate y en atención a su fuente. Naturalmente, es innegable que la teoría de la Constitución presenta características propias que la diferencian de otras como las referidas y que ello incide en el refinamiento de su método interpretativo, pero en ningún caso ello puede significar en sustancia no acudir al menos a algunos de los criterios elementales para atribuir racionalmente sentido a un texto normativo.

3.1.2. Algunas particularidades de grado de la interpretación constitucional.

(a) El destaque de la sistematicidad -como consistencia- y con ella de la teleología. Una teoría de la Constitución como prisma.

⁴⁵⁸ Como se indicó *ut supra* III.3, tampoco es cierto que todas las disposiciones constitucionales sean abiertas, pues al generalizar la apertura constitucional como rasgo, la atención se centra en las disposiciones sobre derechos fundamentales y en las que disponen políticas -v.gr. los principios rectores según los denomina la Constitución española-, pero no es la apertura predicable respecto de todas ellas. Existen normas concretas y precisas en la sección dogmática- y sin dudas no son abiertas las cláusulas de la parte orgánica de la Constitución en su mayoría.

El admitido carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos contemporáneos y consiguientemente de las normas jurídicas que lo componen -emanadas de fuentes formales reconocidas y jerarquizadas-, asociado a una pretensión de coherencia *lato sensu*⁴⁵⁹, conduce a que dogmáticamente se tenga en cuenta tal nota al interpretar cualquier enunciado normativo.

En todo el proceso de aplicación del Derecho, que en la postura aquí asumida comienza con la actividad interpretativa⁴⁶⁰, la coherencia o consistencia -se utilizarán aquí como sinónimos- opera como norte.

Previo a la consideración de los diferentes remedios para solucionar eventuales antinomias o desajustes, que por las razones de sistematicidad antedichas suelen establecerse, es preciso constatar un conflicto y para afirmar su existencia es inevitable previamente delimitar en forma adecuada las normas en cuestión conforme una interpretación atendible de los preceptos considerados. En la ejecución de la referida tarea, a su vez, se pretende evitar de antemano y en lo posible los conflictos, por elementales razones pragmáticas y de racionalidad. Recién una vez efectuada la interpretación de disposiciones en los términos precedentes se obtiene el insumo -las normas propiamente dichas- que en ocasiones indefectiblemente arrojan situaciones de contradicción que deben resolverse en la contingente etapa de solución de conflictos. Una vez más, se trata de una instancia eventual y posterior a la interpretativa.

No obstante es posible elaborar un listado pormenorizado de directivas o argumentaciones sistemáticas comúnmente aceptadas⁴⁶¹, es suficiente a estos efectos sentar como pauta general que ante varias interpretaciones razonables de enunciados, deben preferirse los significados que se presenten de forma consistente o más consistente -en este caso en virtud de valores o fines coexistentes que admiten grados-, en relación con el sistema.

⁴⁵⁹ Aun cuando los sistemas no necesariamente lo son y difícilmente lo sean sin fisuras, ésta se presenta útilmente como nota o idea regulativa. Véase Rafael DE ASIS ROIG: Ob. Cit., pág. 28, Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS: Ob. Cit., págs. 97 y 107. Más adelante se adjudicará a la coherencia un sentido más amplio que el que refiere estrictamente a la contradicción lógica entre normas. Carlos ALCHOURRÓN Y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Ob. Cit., págs., 101 y 102.

⁴⁶⁰ WRÓBLEWSKI denomina a la interpretación realizada en la aplicación del Derecho, para tomar una decisión, «interpretación operativa». Véase Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 35.

⁴⁶¹ Excede el objeto adentrarse en el estudio del criterio sistemático, su presentación básica alcanza para demostrar su significancia en la interpretación constitucional. Véanse directivas y argumentos sistemáticos más específicos en Rafael DE ASIS ROIG: Ob. Cit. págs. 189 y ss.; Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., págs. 48 a 50; Germán CISNEROS FARÍAS: *Interpretación sistémica del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2008, págs. 180 y ss.

Así, con un afán de racionalidad, que se funda en última instancia en una pretensión de aplicación igualitaria del Derecho, es por lo general admitido que las disposiciones se interpretan en tanto parte de un discurso racional, justificándose así el recurso contextual y sistemático como canon de interpretación. Nótese que la búsqueda de soluciones normativas coherentes no debe adjudicarse a una idea de un legislador o constituyente racional, que puede no serlo y muchas veces no lo es, aunque es difícil imaginar supuestos de actuación intencionadamente irracional⁴⁶². Es preferible simplemente predicar la conveniencia de operar con racionalidad un sistema que admite así ser apreciado⁴⁶³ y que de conformidad con las Constituciones modernas sienta fines que los entes públicos, y entre ellos los jurisdiccionales, deben en el marco de sus competencias simultáneamente perseguir. La interpretación sistemática, entendida en un sentido fuerte, aunque inevitablemente arraigada en una base literal, lidera a las restantes técnicas más específicas⁴⁶⁴, no es sólo un paso del método sino también, en la medida en que se enlaza con el ideal racional, la mejor forma de concebir y presentar a un Derecho relativamente indeterminado⁴⁶⁵.

La sistematicidad y coherencia referidas pueden apreciarse desde la perspectiva lógica de la norma en relación con las restantes o bien desde la adecuación teleológica⁴⁶⁶. En este sentido, DE ASIS ROIG indica que el criterio sistemático exige la adecuación al ordenamiento desde una perspectiva literal⁴⁶⁷, finalista y valorativa⁴⁶⁸. Parecería que estos últimos dos enfoques pueden asimilarse, en tanto los valores positivados expresamente o inferidos son a la vez fines. En similar sentido, VAN DE KERCHOVE y OST diferencian una sistematicidad formal -estrictamente lógica- de una sistematicidad material o sustancial -teleológica o valorativa-⁴⁶⁹.

⁴⁶² Ramón PERALTA: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pág. 49.

⁴⁶³ A partir de la teoría de DWORKIN del Derecho como integridad, en una muy buena obra PÉREZ BERMEJO presenta una relectura de cuestiones teóricas sobre los sistemas jurídicos y su funcionamiento tomando precisamente a la «coherencia» en sentido amplio como eje. Véase Juan Manuel PÉREZ BERMEJO: *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

⁴⁶⁴ Michel VAN DE KERCHOVE y Francois OST: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, pág. 43.

⁴⁶⁵ El Derecho bajo su mejor versión, en los términos de DWORKIN antes referidos.

⁴⁶⁶ Esta perspectiva cuadra con la unidad de sentido postulada por BIDART CAMPOS, Véase Germán BIDART CAMPOS: Ob. Cit., págs. 84 y siguientes.

⁴⁶⁷ Parecería que debe leerse estrictamente lógica, aunque podría también con acierto referir a la incidencia de las definiciones normativas explícitas o implícitas.

⁴⁶⁸ Rafael DE ASIS ROIG: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Ob. Cit., págs. 188 y ss.

⁴⁶⁹ Michel VAN DE KERCHOVE y Francois OST: Ob. Cit., págs. 75 y ss.

En definitiva, la nota sistemática, en lo que aquí interesa, no se agota en escoger interpretaciones que eviten contradicciones lógicas en su cotejo con otras normas del ordenamiento sino también aquellas que provean consistencia por adecuación de orientación⁴⁷⁰. Es posible así, a su turno, en el caso de soluciones interpretativas adecuadas -esto es, no contrarias al fin⁴⁷¹-, eventualmente distinguir alternativas intermedias, más o menos consistentes.

Supongamos que una norma de fin genérica fijase como propósito estatal obtener y mantener una balanza comercial favorable y se promulgare una disposición que estableciese una fuerte carga impositiva sobre las enajenaciones de bienes, resultando dudoso si comprende o no a las exportaciones. En un escenario fáctico de primacía significativa de importaciones, una interpretación consistente en atención exclusiva a la norma de fin referida -pues pueden concurrir otras que hacen la tarea aún más compleja- sugeriría preferir la interpretación que excluye de la imposición las enajenaciones que se realicen hacia el exterior.

Aunque no es posible sostener que existe una contradicción lógica entre las normas consideradas en el ejemplo, pues no se trata estrictamente de un supuesto en el que una norma prohíbe o permite respecto de una misma categoría de sujetos una conducta y otra su negación; no puede desconocerse una coherencia en sentido amplio, incuestionable para el jurista práctico, que comprende la adecuación teleológica.

Una dificultad considerable de la interpretación sistemática consiste en la determinación del contexto de la disposición interpretada. Los autores por lo general reconocen la importancia del criterio sistemático al interpretar, pero discrepan sobre la determinación del contexto relevante⁴⁷². Es notorio que la contextualización, según se efectúe en forma más amplia o restringida puede conducir a resultados diferentes. Obsérvese que a tales efectos puede considerarse el ordenamiento jurídico todo, un sector del mismo, o meramente un apartado del propio artículo que contiene la disposición objeto de interpretación -en caso de que exprese el artículo más de una norma-. Toda vez que se define un contexto reducido inevitablemente se debe a la

⁴⁷⁰ Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 38. Véase especialmente allí nota al pie número 11.

⁴⁷¹ En los casos en los que las interpretaciones razonables exclusivamente determinan soluciones contrarias al fin no se admite la gradualidad referida, pues cualquiera de las soluciones o en su caso el fin contendiente -dependiendo del rango y temporalidad de las normas- debería desecharse conforme los criterios de solución de conflictos normativos.

⁴⁷² Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS: Ob. Cit. pág. 127. David MARTÍNEZ ZORRILLA: *Estudio de conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 70.

consideración previa del contexto máximo posible, del ordenamiento en su totalidad, aunque fundamentalmente direccionado en el sentido de la jerarquía normativa.

Es cierto que no todas las normas del sistema son consideradas de igual forma al realizarse interpretaciones de disposiciones normativas determinadas, pues son algunas de ellas las que por sentar definiciones, por regular la misma materia o bien situaciones similares son a primera vista las tenidas en cuenta por los juristas. Sin embargo, aunque se trate de una instancia que se realice posiblemente en muchos casos en forma mecánica, para determinar el contexto de interés deben previamente interpretarse todas las disposiciones vigentes de igual o superior rango que la contenida en el enunciado objeto de interpretación. En virtud de la conformación escalonada del ordenamiento, éstas constituyen potencialmente su contexto relevante. Entre otras razones, es por ello que la Constitución es parámetro necesario para la interpretación de las leyes y que se postula la interpretación de éstas conforme a la primera⁴⁷³ que más adelante se estudiará.

Una interpretación general asumida por quienes conocen el sistema conduce a que en una operación simplificada se parta de contextos más acotados. Pese a ello, una concepción completa de la tarea interpretativa en los sistemas constitucionales contemporáneos debe elaborarse con una teoría de la Constitución presidiéndolo todo, que en última instancia se determina por una interpretación sistemática -que es también teleológica- del conjunto.

Ahora bien, la confección de dicha teoría que, como se adelantó, se forja de acuerdo a la combinatoria de ciertas bases presupuestas⁴⁷⁴ y constitucionales puestas; es de utilidad para interpretar disposiciones infraconstitucionales y, a su turno, disposiciones de la Carta, toda vez que se las considera puntualmente y se requiere su refinamiento en ocasión de su potencial aplicación o estudio dogmático específico.

⁴⁷³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 108. Algunos autores como HESSE y ALONSO GARCÍA, admiten también, en el sentido inverso, una cierta interpretación de la Constitución conforme a la ley. En el último capítulo se analizarán con detalle estos temas, pero cabe adelantar que la tesis mencionada parece responder a que la propia Constitución diseña un sistema de instituciones que así lo justifica, de lo que se sigue que la Carta no deja de ser el punto de partida. Es más, el propio BÖCKENFÖRDE, que destaca la teoría constitucional como engranaje central de la interpretación de la Constitución, en su específica teoría sobre la Constitución alemana, determina su papel como marco -en lo que refiere a principios, derechos fundamentales y determinación de fines-, reconociendo enorme deferencia al legislador. Véase Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: "Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica", en Ob. Cit., págs. 40 y ss.

⁴⁷⁴ V.gr. el reconocimiento de la Constitución y su normatividad, los cánones elementales de interpretación y un afán de consistencia y racionalidad.

Buena parte de lo indicado sobre sistematicidad aplica respecto de enunciados de cualquier fuente, en tanto la consistencia y la bondad de la aplicación racional son predicables del ordenamiento todo, de sus sectores y de sus normas. Aun así, en tanto la Constitución representa un subsistema perfectamente definido, que además opera como cimiento formal del sistema en su totalidad, y una considerable parte de sus disposiciones presenta una apertura pronunciada, el elemento sistemático adquiere a su respecto especial relevancia. No sólo en la interpretación de disposiciones de menor rango bajo la luz constitucional sino en la interpretación constitucional como tal, y así suele coincidentemente reconocerse por los autores⁴⁷⁵.

Por su parte, la inclusión formal de disposiciones de «principios» y de «normas de fin» indefectiblemente conecta el criterio sistemático con el teleológico. Los fines a considerar pasan a ser aquellos consignados normativamente, en forma expresa o implícitamente, en la medida en que sean consistentemente contruidos a partir de los textos constitucionales⁴⁷⁶. De ello se sigue que una teoría concreta de una Constitución moderna, en algún sentido más o menos fuerte debe considerarlos, y la argumentación a partir de éstos adquiere así centralidad en la interpretación constitucional.

Es probable que en no pocos casos elevar una duda interpretativa al plano de los fines constitucionales, incluidos los valores que ofician de tales y los que subyacen a los «derechos», no soluciona sin más el problema sino que lo traslada. Varias de las dudas pueden radicar precisamente en su delimitación, que no resultan siempre coincidentes o concomitantemente posibles y exigen priorización. De todas formas, una teoría con carácter general, que impone una justificación con pretensión de racionalidad tomando en cuenta todas las disposiciones de la Constitución y que calibre fines en función de éstas, es igualmente preferible a los del mero arbitrio. Por lo tanto, la interpretación sistemática y teleológica -con el alcance indicado-, como instrumento de la mejor y más consistente respuesta, constituye un paso anterior que debe transitarse y que en varios casos efectivamente evita decidir con absoluta libertad. Ofrece una alternativa a la decisión porque sí, totalmente desligada de pautas.

Es tiempo de brevemente relacionar la postura que se viene desarrollando con la noción de concretización oportunamente también presentada y parcialmente criticada -

⁴⁷⁵ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación de constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 99. Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS: Ob. Cit., pág. 123. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Ob. Cit. pág. 42.

⁴⁷⁶ Sobre la base positivada de los fines véase, entre otros, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit., págs. 137 a 139 y 149 a 151

en tanto suceso de aplicación autónomo o desligado de normas-. El mecanismo para realizar una adecuada «concretización» de normas abstractas, esto es, de interpretación de disposiciones puntuales de tales características en torno a un caso, debe también cimentarse en una previa interpretación de la Constitución toda que permita hilvanar una teoría a tomar como punto de partida. La concretización no es escindible de la interpretación, no es en verdad otra cosa, más allá de la particularidad de su enfoque.

Así, aunque con matices, esta tesitura que toma la invocación de una concepción teórica de la Carta como pieza clave para la interpretación constitucional -planteada con elocuencia por BÖCKENFÖRDE- y para la «concretización» en tanto subespecie de aquella, parece en lo sustancial coincidir con lo que Lucas VERDÚ y CANOSA denominan la «fórmula política»⁴⁷⁷; con el conjunto de principios que la dogmática señala que deben considerarse para interpretar las formulaciones constitucionales cuando razonablemente admiten más de un significado⁴⁷⁸; o bien con lo que DURÁN MARTÍNEZ ha rotulado como la «filosofía de la Constitución»⁴⁷⁹.

En similar sentido, DWORKIN postula que los jueces deben alcanzar su respuesta para el caso sometido a su consideración en base a una teoría política y moral que presente coherentemente y «bajo su mejor luz» a los materiales normativos, entre ellos, claro está, a la Constitución. En su posición la interpretación no recae sobre textos -al menos no principalmente- sino sobre prácticas y los materiales normativos parecen trascender los formalmente consignados⁴⁸⁰, lo que torna algo complicado trasladar su tesis para analizar la interpretación que aquí mayormente interesa, que refiere estrictamente a enunciados escritos constitucionales. De todas formas, aún si se considera concretamente la interpretación constitucional en consonancia con los términos referidos, puede verificarse que resulta igualmente provechoso el aporte, que no es ni más ni menos que la idea de integridad y consistencia, de sistematicidad y teleología que se viene desarrollando.

⁴⁷⁷ Pablo Lucas VERDÚ: *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1984. Raúl CANOSA: “Interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, en Ob. Cit., pág. 39, también del mismo autor: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 250.

⁴⁷⁸ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Ob. Cit., págs. 361 a 363.

⁴⁷⁹ Augusto DURÁN MARTÍNEZ: “Filosofía de la Constitución oriental”, en *Estudios de Derecho Público*. Volumen I, Mastergraf SRL, Montevideo, 2004, págs. 47 y ss.

⁴⁸⁰ DWORKIN con carácter general incluye como materiales a los precedentes -su teoría se construye en relación con el sistema estadounidense en el que rige el *stare decisis*-, a la legislación -incluyendo la Constitución- y la historia de las instituciones o la historia constitucional.

Dicha matriz invita, en lo que aquí concierne, a tomarse el contexto en serio y conduce a la edificación de una teoría consistente, en buena medida sustentada en la identificación de los fines del sistema, es decir, en sede de interpretación, con apoyo central en el elemento sistemático y el teleológico.

La integridad del Derecho que plantea el sobresaliente autor estadounidense, en sistemas fuertemente arraigados en el reconocimiento de la normativa de fuente formal con una Constitución dotada de una significativa carga política y axiológica a la cabeza⁴⁸¹, no deja de erigirse como una determinada teoría política y moral. En otras palabras, la teoría moral y política que confiere consistencia al ordenamiento -no obstante posibles elementos presupuestos- es especialmente en estos casos una teoría de la Constitución.

Así, ubicado el foco en una teoría de la Constitución, debe reiterarse que su determinación exige interpretar las disposiciones constitucionales en su conjunto, inevitablemente a partir de criterios elementales presupuestos o reconocidos de antemano. Se genera a su vez un proceso en el que el resultado de la primera interpretación a la vez incide en el refinamiento del método de interpretación de las mismas disposiciones originalmente apreciadas, bien por la inclusión de pautas de interpretación expresamente establecidas -excepcional en las Constituciones contemporáneas-, bien por razonablemente inferirse de las disposiciones bajo una interpretación sistemática y teleológica consistente.

Así, es especialmente visible la incidencia de las normas que refieren a los procedimientos de reforma constitucional en la precisión del método. A modo de ejemplo, en la medida en que el actor fundamental en todos y cada uno de los mecanismos previstos por el artículo 331 de la Constitución uruguaya es el Cuerpo Electoral, más allá de las carencias epistemológicas inmanentes del recurso a los antecedentes parlamentarios y a la *voluntas legislatoris*⁴⁸², debe por dicha razón restarse

⁴⁸¹ Según entiendo es el caso del sistema constitucional español y del uruguayo.

⁴⁸² El recurso a los antecedentes presenta complejidades *per se*. En una discusión y votación es difícil que quede registrada la opinión de todos quienes sufragán para la aprobación de la norma y las razones por las que votan quedan en el fuero íntimo de los participantes, es incluso posible que uno manifieste una opinión y en puridad vote por otra razón. No es posible determinar con rigor una suerte de voluntad colectiva a partir de voluntades individuales en escenarios complejos en los que no está en juego sólo una posición entre dos posibles -afirmativo y negativo- sino la provisión de fundamentaciones. Por otra parte, los destinatarios de la norma difícilmente conozcan los antecedentes, y no es razonable exigirle a la población que además de imponérsele la ficción de conocer el Derecho, esto se agrave, y se le imponga conocer los antecedentes de la normativa. Sobre la ficción de la «voluntad del legislador» véase Hans KELSEN: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios, México, 1969, págs. 38 a 40.

relevancia⁴⁸³ a su aplicación como elemento de interpretación de los enunciados constitucionales en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Por último, puesto que la Constitución es la fuente formal de fuentes, según los modelos contemporáneos con generalidad analizados, una adecuada teoría a su respecto debe referir no sólo a su propia interpretación sino también la de los actos subordinados según su específico papel. En ello resultan decisivos los aspectos funcionales, sentándose distinciones según el tipo de intérprete⁴⁸⁴, así como una serie aspectos sustanciales, concretamente un pronunciamiento sobre la tensión entre concepciones de la democracia y de los derechos referida en extenso en el segundo capítulo de esta tesis.

En esta línea es que (a) BÖCKENFÖRDE confecciona su teoría de la Constitución como un orden marco reconociendo una importante deferencia al legislador; (b) HESSE indica como principio de interpretación a la corrección funcional; (c) FERRERES COMELLA -incluso en materia de «derechos»- sin adherirse a la tesis de THAYER propone partir de una presunción moderada de constitucionalidad de las leyes; y (d) MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ directamente basado en una concepción radical de desacuerdos -con fuerte influencia de WALDRON- lisa y llanamente se opone al control de judicial de constitucionalidad -en el formato estadounidense-.

Es también en relación con estos puntos que se pretenderá responder en los capítulos finales al cuestionamiento sobre la interpretación jurisdiccional de enunciados constitucionales y legales, *a priori* determinados como materiales jurídicos relevantes para la solución de un caso.

(b) Interpretación constitucional en concreto, ponderación como armonización interpretativa y subsunción.

La precisión del tipo de interpretación que se pretende efectuar, en abstracto o en concreto, y la diferencia de esta última con la aplicación⁴⁸⁵ es fundamental para evitar

⁴⁸³ Horacio CASSINELLI MUÑOZ: “La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución, en *Revista de DJA*, T. 55 pág. 125 y 126. Una propuesta en la línea de la irrelevancia de los antecedentes en la interpretación constitucional uruguaya véase en Diego GAMARRA ANTES: “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo”, en *Revista la Justicia Uruguaya*, Año LXXV, Tomo 149, Marzo 2014, Edit. La Ley Uruguay, 2014, págs. 57 y ss.

⁴⁸⁴ La «fuente de interpretación» en la terminología de WRÓBLEWSKI. Véase Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 27.

⁴⁸⁵ Véase *ut supra* III.1.1 parágrafos finales.

algunos desconciertos y para esclarecer algunas oscuridades en torno a la idea de concretización y de ponderación y su contraste con la subsunción.

La apertura de buena parte de las disposiciones constitucionales -v.gr. las que refieren a «derechos» y normas de fin relacionadas con bienes colectivos-, genera que se presenten con frecuencia dificultades de delimitación en su interpretación en concreto, en el marco de un caso real o hipotético considerado. Como previamente se ha indicado, si bien puede apuntarse a la interpretación en concreto como un aspecto relevante de la interpretación constitucional, no se trata de un fenómeno propio de todas las normas de la Carta ni exclusivamente constitucional, sino que comprende con generalidad a las normas formuladas con abstracción cualquiera sea su rango.

El problema de definición que subyace y se percibe tan solo en forma potencial al interpretarse ciertos enunciados en abstracto, aflora puntualmente en ciertos casos que razonablemente pueden en un primer momento considerarse comprendidos por ellos, pero que exigen un estudio sistemático más acabado para arribar a una conclusión consistente. El fenómeno de la «concretización» es, pues, netamente interpretativo. Consiste en una delimitación con concreción de una disposición abstracta -por oposición a una interpretación y delimitación en abstracto⁴⁸⁶- con el propósito de determinar una norma específica, y con ella el alcance de la genérica que la comprende, para la resolución de un caso. Es, por lo tanto, a su vez, anterior a la aplicación efectiva por alguna autoridad.

La determinación de dicha norma, por la atribución de significado de al menos un enunciado, esto es, la identificación o construcción de una norma adscripta -en los términos de ALEXY, al referir a normas de derechos fundamental-⁴⁸⁷, es a veces, pues existen casos claramente comprendidos por normas abiertas en las que se toman atajos interpretativos, el resultado de una «ponderación». En tales supuestos la solución interpretativa resultante se precisa luego de un cotejo con otras disposiciones también abstractas del sistema, que pueden presentarse *prima facie* como concurrentes -sin tomar todos los elementos en cuenta⁴⁸⁸- o, más precisamente, consideradas inicialmente como materiales relevantes para la resolución de un caso.

Conviene, en tanto es menos alambicado, desechar la «ponderación» como un juicio que culmina con un sacrificio y en su lugar presentar el fenómeno como una

⁴⁸⁶ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit. págs. 33 a 36.

⁴⁸⁷ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit. pág. 54.

⁴⁸⁸ Entre otros, un planteo de la distinción entre una apreciación inicial y tomando todos los elementos en cuenta, véase en Aulius AARNIO: *¿Una única respuesta correcta?*, en Ob. Cit.

consideración interpretativa sistemática de armonización, como enseña HESSE, en búsqueda de concordancia práctica⁴⁸⁹.

La referida consideración hasta las últimas consecuencias, desde la posición de una disposición o bien desde una formulación de una norma abstracta no explícita, no es otra cosa que la ubicación de ellas en su contexto y, a la vez, la inclusión de ellas en el contexto de otras, con la finalidad de precisar armónicamente su alcance en concreto de cara a un caso bajo estudio. Ponderación sería, pues, armonización en la interpretación.

En esa tarea sin dudas incide el sentido que se confiere a los términos, incluso los valorativos, por la comunidad del presente, sin que se diferencie en lo esencial su interpretación de la del resto de los textos normativos⁴⁹⁰. Lejos está de proponerse con la equiparación y la insistencia en la base normativa enunciada una interpretación desligada de la realidad, que sería en cierto punto inviable, incluso en un hipotético sistema que inconvenientemente así lo imponga. Simplemente se pretende despejar soluciones algo esotéricas y reafirmar que una cosa es sostener la forzosa influencia de los destinatarios y aplicadores actuales de la norma en su comprensión, conforme una teoría racional que articula fundamentalmente «conceptos» positivados de significado específico pero mutable en los sistemas constitucionales modernos; y que otra muy distinta es resignarse a la imposición de la realidad en virtud de su indiscutible posibilidad de alterar o sustituir el sistema normativo todo. Concluir que ésta malea siempre y en todo caso las supuestas normas específicas a su antojo, conduce inadmisiblemente a desdibujar la normatividad y a negar la relevancia de los límites textuales, del reconocimiento de un sistema básico de fuentes formales y de los procedimientos democráticos de producción normativa con ellos asociados⁴⁹¹.

La interpretación en concreto es desde la perspectiva del caso lo que suele denominarse subsunción -o subsunción individual⁴⁹²-. Se trata de dos caras de una misma moneda. Si se parte desde la disposición y se analiza si su significado determina una solución normativa para un caso, cabe denominar a la tarea como concretización o interpretación en concreto. Si por el contrario, en la dirección opuesta, se parte de un caso y se analiza si existe una norma que le sea aplicable, un significado atribuible a una

⁴⁸⁹ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 45.

⁴⁹⁰ Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: “Los límites de la lógica en el razonamiento jurídico”, en Ob. Cit., págs. 315 y 316.

⁴⁹¹ Véase Diego GAMARRA ANTES: “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en Ob. Cit., págs. 163 a 187.

⁴⁹² Véase nota al pie 250.

disposición de otras normas implícitas inferidas de disposiciones expresas o directamente reconocidas que lo comprenda, entonces se la denominará subsunción -del caso en la norma-. De verificarse la subsunción de un caso, será debida su aplicación, esto es, la imposición, exigencia o constitución de las consecuencias jurídicas previstas en la norma en la que el caso resulta subsumido por parte de un sujeto competente.

Sin embargo, en materia de normas constitucionales, más concretamente al referirse a los llamados «principios» y especialmente en materia de derechos fundamentales así formulados -con abstracción-, en ocasiones se indica que no es posible la subsunción sino que en su lugar -sustitutivamente-, debe ejecutarse una tarea diferente. Se sostiene que cabe en estos casos acudir a la «ponderación» para precisar su aplicabilidad a un caso⁴⁹³.

Entiendo que tal aproximación no es precisa, por tres órdenes diferentes de razones. En primer lugar, porque prescinde del dato de que toda norma es el resultado de una previa interpretación de una, parte de una o de varias disposiciones normativas, que en su consideración sistemática puede requerir de una «ponderación» -o armonización-. Para subsumir un caso en una norma es imperioso interpretar el texto que la contiene, es cierto que ello puede ser verdaderamente complejo y requerir una «ponderación» para justificarla adecuadamente, pero no son categorías opuestas, una sirve a la otra en casos difíciles. El intento de reemplazar la subsunción supone su caricaturización, como una suerte de automatismo, de imputación evidente en casos incontrovertidos que rara vez existe al interpretarse textos jurídicos. En segundo lugar, porque el problema se suele presentar en términos de colisiones, y pese a que la diferencia no es sino de abordaje, es más sugestiva la tesis de la delimitación desde una perspectiva interpretativa y «coherentista». En tercer lugar, porque llegado cierto punto de determinación de la norma con concreción, como resultado de una ponderación, la subsunción en sentido estricto -referente a un caso- es inevitable.

En su momento se argumentó que no existe una diferencia esencial entre reglas y principios, pero se reconoció que suele identificarse a estos últimos como normas particularmente abiertas en algún sentido fundamentales y de contenido generalmente axiológico -no es el caso de los criterios tradicionales de resolución de antinomias usualmente denominados principios, como el de jerarquía o temporalidad-.

⁴⁹³ Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., pág. 569.

De la equiparación sustancial antedicha se siguen diferencias de énfasis o complejidad en la labor interpretativa pero no una distinción entitativa. Así, en la interpretación de reglas vagas o imprecisas es necesario también ponderar, en un sentido amplio del término, las alternativas interpretativas razonables en función de otras normas y fines que coexisten en el sistema y deben articularse en lo posible de una manera consistente. Quizás en estos casos, para dirimir entre las soluciones interpretativas de la disposición que contiene una regla en algún sentido indeterminada sea necesario considerar como parte del contexto relevante normas de las que se suelen llamar principios y también precisarlos. Ahora bien, ello demuestra que la ponderación de normas fundamentales del sistema, entendida como un análisis contextual con vocación de consistencia, es frecuente en la interpretación general y no un fenómeno aislado de interpretación exclusiva de las disposiciones que contienen «principios». En ciertos casos basta con delimitarlos para resolver una cuestión, si es que ésta se presenta exclusivamente entre disposiciones que contienen principios, por no existir en la especie normativa algo más específica. En otros casos el trabajo interpretativo parte de un texto normativo diferente y la ponderación de principios se efectúa al servicio de la interpretación de este último, barajado alternativas de significados razonables, aunque inevitablemente se requiere de una delimitación adecuada de las propias disposiciones o formulaciones de principios para definir la respuesta.

La ponderación es planteada por ALEXY y por el Tribunal Constitucional Federal Alemán como un mecanismo para la solución de colisiones de principios⁴⁹⁴ ante situaciones concretas, que teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, determina entre ellos una relación de precedencia condicionada luego de realizar un balance entre los bienes e intereses contrapuestos⁴⁹⁵.

La terminología no es unívoca en la materia y en ocasiones se utilizan indistintamente la noción referida y las de proporcionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad⁴⁹⁶. Sin embargo, cabe realizar diferenciaciones entre tales conceptos que resultan de utilidad y que suelen manejarse por los estudiosos del tema.

⁴⁹⁴ En la terminología del autor alemán, los principios comprenden lo que en el planteo de DWORKIN son considerados principios en sentido genérico, que incluyen a los principios en sentido estricto -que refieren a derechos individuales- y a las directrices políticas (*policies*) -que refieren a bienes colectivos-. Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 91.

⁴⁹⁵ IDEM, pág. 73.

⁴⁹⁶ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 189. Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., pág. 569 y ss.

En lo que aquí puntualmente concierne, debe apuntarse que la ponderación sería un cotejo que se presenta puramente entre principios -contraponiendo los bienes e intereses que encierran-, que a la vez, en supuestos de consideración de la regularidad de actos jurídicos, se presenta como la etapa final del juicio de su proporcionalidad⁴⁹⁷. Además del indicado paso final, el mecanismo se compone de otros pasos previos, a saber, el test de idoneidad y de necesidad de la medida legislativa⁴⁹⁸. Así, aunque se estudiará más incisivamente este punto⁴⁹⁹, de momento cabe adelantar que la ponderación en supuestos de aplicación del juicio de proporcionalidad no sería otra cosa que la proporcionalidad en sentido estricto⁵⁰⁰, consistente en valorar y sopesar, dependiendo de las concepciones, bienes o fines, ventajas y desventajas, o costos y beneficios de resolver un caso en un sentido o en otro.

Según se afirma por sus propulsores, la particularidad de la situación de colisión indicada entre normas consiste en que no se presenta radicalmente al considerarse a los principios en abstracto, y que sin embargo se manifiestan al analizar casos concretos *prima facie* comprendidos por ellos, siendo que determinan situaciones jurídicas contrarias. No se controvierte que no se compromete ni la validez ni la vigencia de la norma sino su aplicabilidad en ciertos casos, en buena medida es por ello que resulta menos complejo considerar el proceso como una instancia interpretativa, de delimitación del alcance del principio y no como un fenómeno diverso ligado a la solución de antinomias existentes.

Desde una tesis «conflictivista» es razonable presentar la colisión en términos de conflicto de tipo parcial-parcial como sugiere GUASTINI⁵⁰¹, dos normas que se superponen en parte, de intersección parcial de sus respectivos alcances⁵⁰². De todas formas, aun admitiendo la perspectiva del conflicto, no es elocuente sostener que tratándose del análisis de las dos mismas formulaciones en un caso exista un conflicto - en concreto- que desaparecería al reconducirse al análisis de las mismas disposiciones al plano abstracto. Independientemente de la perceptibilidad del problema según el

⁴⁹⁷ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 529.

⁴⁹⁸ Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., págs. 692 y ss. Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 92.

⁴⁹⁹ Véase el subcapítulo IV.4.1.3.

⁵⁰⁰ Robert ALEXY: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontanamara, México, 2ª reimpresión, 2007, pág. 78.

⁵⁰¹ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 215. En el mismo sentido Claudina ORUNESU: Ob. Cit., pág. 97.

⁵⁰² Con carácter general sobre conflictos de tipo total-total, total-parcial o parcial-parcial véase Alf ROSS: *Sobre el derecho y la justicia*, Tercera edición, primera reimpresión, Eudeba, Buenos Aires, marzo de 2006, págs. 164 y ss.

enfoque, el conflicto existe o no existe. La necesidad de delimitación, que en tanto refiere a una misma norma no puede ser diversa, no debe confundirse con la posibilidad de manifestarla con especificidad en términos abstractos, que naturalmente es un contrasentido.

Por su parte, en la tesis de la coherencia, en sustancia la ponderación se realiza en los mismos términos. La diferencia consiste en la explicación del problema como un análisis sistemático y de delimitación como resultado de la interpretación armonizante, en vez de presentarlo como un procedimiento de solución de conflictos normativos particulares. Existe algún elemento adicional de conveniencia de la posición interpretativa o «coherentista», que tiene que ver con el uso de la voz «derecho». Así, el llamado conflicto de derechos, relacionado con la «colisión» de principios que a primera vista los contienen luce problemático, pues los derechos se tienen o no se tienen, y para que tenga sentido la difundida contraposición es necesario realizar demasiadas precisiones sobre el uso del concepto. Diferenciando así concepciones abstractas y concretas, *prima facie* o con todas las circunstancias consideradas, que no se justifican.

Como se adelantó, ubicada la «ponderación» como un paso necesario de una interpretación sistemática con finalidad de concreción, no es atinado presentarla como un método de aplicación del Derecho sustitutivo de la subsunción. Al determinar los materiales relevantes para la solución de un caso se realiza una suerte de subsunción preliminar y, precisada la solución conforme una interpretación de las disposiciones consideradas, al delimitarse el alcance de la norma y derivarse con ello una más concreta, previo a la aplicación como paso necesario opera la subsunción en sentido estricto⁵⁰³.

Por último, resta indicar que en la actividad de ponderación, al cotejar y asignar interpretativamente valor a diferentes bienes o intereses expresados en disposiciones de principio o, en general, en disposiciones dotadas de cierta apertura, no puede prescindirse del prisma de la integridad, de la búsqueda de una justificación en función de una teoría consistente arraigada en la Constitución.

Así, a modo de ejemplo, es de utilidad referir al emblemático caso sobre libertad de expresión «New York Times Co. vs Sullivan» (376 U.S. 254) resuelto en 1964 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Allí se consideró el reclamo de un

⁵⁰³ En el mismo sentido Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 193 y 194.

periódico sobre su libertad amparado en las Enmiendas I y XIV de la Constitución estadounidense con fundamento en la relevancia de la libre discusión pública, del debate público fluido y sin cortapisas, como nota indispensable del gobierno republicano y del Estado de Derecho. Con base en una interpretación del sistema constitucional en su conjunto, puntualmente se dejó sin efecto una condena civil contra el New York Times por difamación de un gobernante de Alabama y se instauró la doctrina de la real malicia en materia de responsabilidad civil por presuntos daños al honor ocasionados por declaraciones públicas.

Adviértase que en el caso presentado, se discrepe o no con la solución, el balance parece algo incompleto si se considera únicamente entre libertad de expresión y honor, pues también entran en juego la sumisión de los gobernantes al Derecho, el republicanismo y la tutela del debate público, como elementos pertinentes que emanan del propio sistema, que también son objeto de ponderación y que terminan definiendo la decisión.

CAPÍTULO IV

EL LEGISLADOR Y LOS JUECES COMO INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN.

1. La interpretación legislativa y jurisdiccional de la Constitución.

En los capítulos previos se analizó el contenido material de las Constituciones modernas, la supremacía formal de sus disposiciones, la justificación de su posición y de su exigibilidad jurisdiccional incluso en eventos de conflicto genuino con actos legislativos. Seguidamente se delimitó la concepción de interpretación asumida a efectos del estudio y se indicaron ciertas particularidades de la interpretación constitucional relacionadas con la apertura de buena parte de sus cláusulas, que no suponen en esencia un apartamiento de los instrumentos tradicionales. Su especificidad se arraiga en la característica referida y se dirige a potenciar la bondad de soluciones adecuadas desde la sistematicidad, en función de una teoría de la Constitución con un necesario fundamento textual⁵⁰⁴.

Así, cabe continuar la aproximación hacia el problema centralmente planteado, esto es, la interpretación de las disposiciones legales y constitucionales que se perciben como materiales relevantes para la resolución de un caso sometido a pronunciamiento jurisdiccional. Se impone analizar ahora las características de la interpretación legislativa y jurisdiccional de la Constitución, demarcando sus respectivos límites y apuntando así a especificar la «corrección funcional» -en la terminología de HESSE⁵⁰⁵- determinada en función de una teoría basada en una interpretación de la Carta en su totalidad.

Ello es de vital importancia en la medida en que de plano se avizora un posible enfrentamiento entre la interpretación legislativa, efectuada por los órganos ordinarios de mayor dignidad democrática, y la interpretación jurisdiccional de la Constitución, efectuada por órganos menos representativos pero dotados de la decisión final sobre la aplicación particular del Derecho en casos concretos. La tensión se entabla entre un Parlamento dotado de una necesaria dosis de discrecionalidad y unos jueces que son

⁵⁰⁴ En un sistema de fuentes formales la regla debe consistir en el reconocimiento de los materiales formalmente concebidos, pero es posible que ciertas normas -especialmente de las que se denominan principios- se presupongan o, lo que es lo mismo, se reconozcan directamente por la comunidad y, más específicamente, por la comunidad jurídica.

⁵⁰⁵ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 45.

intérpretes formales últimos y fiscalizadores de ciertos límites legislativos justificados⁵⁰⁶.

El tema no deja de ser sumamente trascendente, pero el tamiz de la interpretación, como se verá en el capítulo final, diluye en parte la contienda referida. Resulta inevitable en supuestos de disposiciones legales razonablemente unívocas en su significado y contrarias a las constitucionales, pero en la medida en que el sentido de lo expresado por el legislador ordinario democrático sea indeterminado la tensión puede no llegar a materializarse. No cabe explayarse todavía en el problema indicado, que no es en los escenarios más complejos otra cosa que una reedición con particularidades propias del existente entre constitucionalismo como ideal de poder limitado y el ideal del autogobierno igualitario -véase *ut supra* II.3-, sino aportar elementos para su correcta apreciación, puntualmente sentando en qué consiste la interpretación legislativa y la jurisdiccional de la Constitución.

En atención al criterio de la fuente de la interpretación de la Constitución o, lo que es lo mismo, de los sujetos que la practican, básicamente puede distinguirse la interpretación auténtica, la interpretación legislativa, la interpretación jurisdiccional, la administrativa, la doctrinal y la efectuada por los particulares⁵⁰⁷. Es dable aquí realizar una precisión respecto de la primera y detenerse en la presentación de las dos que le siguen en la enunciación.

Se denomina interpretación auténtica a aquella realizada por el mismo sujeto que dictó el acto que contiene la disposición objeto de interpretación⁵⁰⁸. Así, tratándose de un supuesto de interpretación de un enunciado constitucional, la interpretación auténtica es la efectuada en ejercicio de poder constituyente y que resulta expresada a través de un acto constitucional. Aunque es en verdad elemental, no debe confundirse esta especie de interpretación con la legislativa, pues las categorías coinciden exclusivamente en caso de que el objeto a interpretar sea un texto legal -no en el caso de uno constitucional-.

⁵⁰⁶ Como sostiene ZAGREBELSKY la subordinación efectiva de la ley a la Constitución supone «una continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes -rectius: de las normas-, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho». Gustavo ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ob. Cit., págs. 33 y 34.

⁵⁰⁷ Por muchos, Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 52 y ss.

⁵⁰⁸ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 92 y 96; Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., págs. 27 y 28.

Por otra parte, son de recibo las críticas de GUASTINI a las posturas que pretenden conferir retroactividad o y carácter declarativo a las normas interpretativas auténticas, dictadas por los mismos órganos pero que varían en su integración y en la confección concreta de sus pronunciamientos con el paso del tiempo⁵⁰⁹. Las razones que podrían presentarse para justificar tal posición en el caso de actos jurídicos emitidos por personas físicas -como es posible en los contratos- o por órganos unipersonales de integración estable, en función de la coincidencia plena entre quienes manifestaron su voluntad creadora de disposiciones jurídicas y quienes las interpretan⁵¹⁰; definitivamente no son trasladables a los supuestos de interpretación «auténtica» de disposiciones dictadas por órganos pluripersonales y cambiantes cuya voluntad manifestada en un momento determinado es imposible de ser emulada en iguales términos en un momento diferente⁵¹¹.

La interpretación legislativa de la Constitución es aquella realizada por el legislador ordinario mediante la expedición de actos legislativos formales. Debe distinguirse la interpretación legislativa explícita -por ejemplo, la especialmente prevista en el artículo 85 numeral 20 de la Constitución uruguaya⁵¹²- de la implícita. La primera tiene por propósito exclusivamente esclarecer una disposición constitucional e imponerla con carácter general y obligatorio; la segunda se efectúa como presupuesto al legislar ordinariamente dentro de los parámetros dispuestos por una Constitución. Con acierto CANOSA indica que de los operadores de la interpretación constitucional es el legislador quien, en primer lugar, interpreta la Constitución⁵¹³, y afirma luego que siempre que promulga una ley lo hace, porque cada una de ellas desarrolla un determinado precepto constitucional⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 96 y 97.

⁵¹⁰ Incluso en estos casos aparentemente claros el punto no deja de ser discutible, pues podría igualmente tergiversarse lo expresado según su conveniencia.

⁵¹¹ En el mismo sentido, véase Gustavo ZAGREBELSKY: *Manuale di diritto costituzionale I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991, pág. 92.

⁵¹² El artículo 85 numeral 20 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay reza lo siguiente: «A la Asamblea General -debe leerse al Poder Legislativo- compete: Interpretar la Constitución, sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con los artículos 256 a 261».

⁵¹³ Como se mencionó en el subcapítulo II.2.2.3, debe precisarse lo afirmado en la medida en que la Constitución resulta directamente aplicable -«en primer lugar»- también para administradores y magistrados, en algunos casos de ausencia de ley en un sentido verdaderamente directo y en casos de presencia de ley -aunque depende del sistema- más moderadamente al posibilitarse jurisdiccionalmente la promoción de su inconstitucionalidad.

⁵¹⁴ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 29. En contra HESSE. Consistentemente con su postura de que la interpretación aplica exclusivamente ante supuestos de duda niega que al desarrollarse la Constitución mediante la legislación ordinaria se interprete, a su

No puede asegurarse que efectivamente toda vez que se legisle se interprete, en tanto se trata de una actividad volitiva y es posible -aunque antijurídico e inconveniente- que los legisladores desempeñen su función más característica a espaldas de toda consideración de la Constitución. Sin embargo, en la medida en que su actuación se encuentra pautada por ella, es dable afirmar, al menos, que deberían siempre interpretarla implícitamente.

En el caso de la interpretación explícita el acto legislativo contiene una norma conceptual, definitoria, sin perjuicio de potencialmente encubrir una prescripción o una norma de competencia; mientras que en la implícita el contenido del acto legislativo es directamente una prescripción o el otorgamiento de una potestad, resultando la interpretación presupuesta y plasmada pero no necesariamente formulada como tal.

No existe entre los subtipos de actos legislativos indicados una diferencia en lo que respecta a su valor y fuerza ni a sus efectos. Pues es claro en ambos casos las normas valen en tanto leyes en sentido orgánico y formal, tienen vocación de generalidad⁵¹⁵, en principio son obligatorias para sus destinatarios y son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales si jurisdiccionalmente se determina por algún órgano competente que de ellas se sigue un apartamiento o contradicción con la solución constitucional⁵¹⁶.

La interpretación legislativa de la Constitución es incuestionablemente de tipo abstracto en su versión explícita. Aunque el análisis de la potestad para ejecutarla pueda considerarse interpretación en concreto de las formulaciones constitucionales que refieran al punto, lo cierto es que la interpretación de la cláusula constitucional objeto de análisis es de tipo abstracto en tanto no considera ningún caso -ni siquiera genérico- a efectos de la exégesis. Ahora bien, parece más adecuado pronunciarse en el sentido contrario en lo que refiere a su versión implícita y predicar su concreción, resultando necesario, por su apariencia contra-intuitiva, realizar algunas precisiones.

Al legislar ordinariamente la mira no se deposita primordialmente en un caso individual de conducta a resolver, sino en regular un conjunto de casos de

juicio se realiza o actualiza la Constitución. Nótese que desde la perspectiva referida exclusivamente sería interpretación legislativa la explícita. Véase Konrad HESSE: Ob. Cit., págs. 33 y 34.

⁵¹⁵ Esta afirmación debería relativizarse en virtud de la crisis de la ley y con ella la proliferación de leyes «a medida» para dar solución a situaciones particulares. Véase nota al pie 217.

⁵¹⁶ La doctrina uruguaya es pacífica en postular que las normas legales estrictamente interpretativas de la Constitución pueden ser declaradas inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia como cualquier otra ley en sentido orgánico y formal. Véase Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit., págs. 141 y 142; Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 54, José KORZENIAK: Ob. Cit., pág. 150.

representación ideal por sus notas comunes, con abstracción, pero ello no significa que no existan grados de concreción entre clases. No puede dejar de reconocerse que en la actividad legislativa general opera una suerte de primer nivel de «concretización» de la Constitución -de opción del legislador entre alternativas constitucionales-, aunque todavía referente a casos en abstracto o genéricos -clases-⁵¹⁷ tiene sentido que el pronunciamiento legislativo sea más acotado⁵¹⁸ que el constitucional.

Por otra parte, a diferencia de lo indicado al referir a la interpretación explícita, las disposiciones de la Constitución objeto de interpretación implícita delimitan ellas mismas, por razones de supremacía formal, la propia potestad legislativa y desde dicha óptica puede concebirse un caso individual, de competencia del legislador, pero un caso individual al fin.

Por último, en tanto la interpretación se ejecuta en función de alguna idea de legislación, aunque en el decurso del procedimiento puede sufrir modificaciones, también en dicho sentido se «concretiza» la operación interpretativa.

Debe tenerse presente que la interpretación legislativa de la Carta no siempre conduce a una solución legislativa específica, sino que puede determinar una opción del legislador, confiriéndose potestad para escoger una solución y descartar naturalmente otras regulaciones alternativas razonables. Es perfectamente posible y esperable que la normativa constitucional determine en relación con la materia en cuestión discrecionalidad del legislador, de tal forma que una interpretación adecuada puede eventualmente posibilitar tanto la sanción de una norma legal como una de contenido exactamente opuesto, admitiéndose incluso la omisión de legislar sobre el punto. El resultado de la tarea interpretativa no será siempre la determinación en forma acabada de una norma debida por el legislador o de una única norma potencialmente válida por ajustarse a la Carta, en ocasiones la respuesta será que no la hay. Se precisa así un margen de apreciación legislativa, que en cierto punto, pero sólo en cierto punto, resulta siempre constitucionalmente limitado -más allá de otros límites, como el contenido esencial de los «derechos»- desde que se fustiga por ilegítima la actuación arbitraria.

⁵¹⁷ Casos genéricos por oposición a casos individuales en la terminología de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Véase Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit., pág. 58.

⁵¹⁸ Nótese que aunque carecería de sentido reformular sin más legislativamente una norma constitucional sino es a efectos interpretativos deliberados —esclarecedores o explícitos—, no es imposible que la legislación no implique concreción de tipo alguno. De todas formas, de aquí en más se omitirá esa posibilidad y se referirá a la interpretación legislativa implícita como aquella que, razonablemente, en algún sentido concretiza lo constitucionalmente consignado.

CANOSA sostiene que en la interpretación legislativa la justificación es política y que en la interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales, aun reconociendo dificultades, se exige una fundamentación jurídica. Es en virtud de ello que algunos teóricos han negado el carácter jurídico de la interpretación legislativa⁵¹⁹. Estimo que tal posición no es del todo adecuada. En primer lugar, porque existen disposiciones constitucionales que no confieren margen de apreciación política al legislador, pueden a lo sumo presentarse algunas dudas sobre su alcance, pero no de suficiente entidad como para cuestionar la inexistencia de una discrecionalidad deliberada del legislador -tal es el caso del artículo 26 de la Constitución uruguaya que veda el establecimiento y la aplicación de la pena de muerte-.

En segundo lugar, porque la propia determinación de que la justificación es netamente política -discrecional o basada en criterios de conveniencia- no es otra cosa que el resultado de una interpretación jurídica de la Constitución y más concretamente de la definición y la regulación de la potestad legislativa allí consignada. Por cierto, una tesis que reniegue del carácter jurídico de la interpretación del legislador, en sustancia reniega de la propia juridicidad de la Constitución -al menos en todo aquello que no sea la presunta cesión del mando al legislador ordinario constituido-. Semejante postura es admisible con carácter prescriptivo, pero es francamente difícil de sostener con base en lo dispuesto por las Constituciones rígidas modernas que reconocen «derechos» y más aún en algunos casos -como en Constitución alemana (Art. 19.2) o la española (Art. 53.1)- que expresamente establecen su «contenido esencial» -en puridad, su contenido- como límite del legislador.

Por último, no puede desdeñarse como dato de la realidad que los legisladores poseen acceso a asesoramiento jurídico y que es esperable que en su tarea, máxime ante la posibilidad de que sus actos sean jurisdiccionalmente revisados, efectúen con su asistencia un control de juridicidad de los actos que se proponen emitir.

Por otra parte, cabe analizar ahora la interpretación jurisdiccional de la Constitución, aquella llevada a cabo por jueces al dirimir asuntos sometidos a su consideración y resolución final. Es también vinculante, aunque, a diferencia de la legislativa, en principio de eficacia particular o «inter partes»⁵²⁰ -con excepciones, por ejemplo, el pronunciamiento de ciertos Tribunales Constitucionales en procesos de

⁵¹⁹ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 30.

⁵²⁰ Véase Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 55. Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 90 y 91.

inconstitucionalidad de las leyes cuyos fallos tienen eficacia «erga omnes»-, y decisoria con carácter definitivo. Se trata, por tanto, de una interpretación siempre en concreto, indefectiblemente influida por la necesidad de conferir solución a un caso específico, que supone resolver en particular sobre un derecho, un no derecho, una libertad o privilegio, un deber, una potestad o competencia, una incompetencia, una inmunidad o una sujeción de un sujeto determinado⁵²¹.

Así, en el sentido que aquí se utiliza, sería también interpretación jurisdiccional y concreta la efectuada en los procesos de inconstitucionalidad de control «abstracto» - pese a su denominación- de acuerdo al modelo kelseniano puro, del tipo que se lleva a cabo a través del denominado recurso de inconstitucionalidad de las leyes previsto en la Constitución española de 1978 -artículo 161.a y 162.a- o el que igualmente se dispone en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 -artículo 93.2-. Ello es así porque también en estos casos no se realiza una consideración aislada de la disposición constitucional sino que se toman en cuenta en la tarea una o más disposiciones legislativas y, en definitiva, se resuelve en forma final sobre la situación jurídica de potestad -o su ausencia- del legislador -un sujeto determinado-. Precisamente se impone determinar si una especificación legislativa -aunque todavía general, en principio- es ajustada a la normativa constitucional, de modo que, al igual que en la interpretación legislativa implícita, se realiza un cotejo entre clases de diferente amplitud. Pese a diferir del análisis efectuado respecto de una entidad individual y una clase⁵²² -predominante en el ejercicio de la jurisdicción-, aunque en atención exclusiva de clases no deja de imponerse una perspectiva particularizada, de cierto modo influida por una concreción, que en este caso es la propia actuación legislativa que se controla.

Por último, pese a que en la concepción propuesta la interpretación legislativa implícita puede catalogarse como interpretación en concreto, existen con la interpretación jurisdiccional grandes y evidentes diferencias, determinadas por la comparación entre clases y entre clases y entidades individuales, por el carácter final de los pronunciamientos jurisdiccionales, y por la etapa en la que estos últimos se generan, es decir, en la fase de aplicación con las «cartas vistas».

2. Diferencias a partir de los tipos de interpretación en concreto y la sorprendente realidad.

⁵²¹ W.N. HOHFELD: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 49.

⁵²² Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 41.

Previamente, al diferenciar la interpretación legislativa de la jurisdiccional suponiendo como objeto una disposición constitucional general y abstracta, se propuso entender su interpretación en concreto como aquella llevada a cabo con el propósito de identificar la solución de un caso, que de antemano condiciona la tarea. Consiste pues en determinar la norma general atribuible como significado de la formulación y derivar o inferir de ella, como su consecuencia⁵²³, una norma más concreta que confiere solución en un supuesto determinado⁵²⁴. Por otra parte, se entendió por interpretación abstracta a la atribución de sentido de una disposición general -también de alcance general- sin otro propósito que el de comprenderla sin más o -según se prefiera- el de determinar su significado sin ulteriores operaciones.

GUASTINI plantea la interpretación en concreto desde una visión distinta aunque en sustancia resulta asimilable a la aquí esbozada⁵²⁵. Así, entiende que interpretar en concreto supone subsumir un caso en el campo de aplicación de una norma previamente identificada conforme una interpretación en abstracto de una disposición⁵²⁶. Si se toma el punto de vista de la disposición, parece más elocuente, aunque no es más que un tema de orden, describir la tarea como el cuestionamiento acerca de si de una norma general contenida se infiere una norma particular que proporcione en algún sentido deóntico -o relacionado con una potestad en caso de normas secundarias- la solución a un caso analizado.

⁵²³ Sobre las reglas de inferencia véase Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit., págs. 115 y siguientes.

⁵²⁴ La concepción presentada de interpretación en concreto tiene algún punto de contacto con la que WRÓBLEWSKI denomina interpretación operativa. El autor plantea el punto con generalidad, sentando que es interpretación operativa la realizada por órganos de aplicación ante supuestos de duda sobre reglas relevantes para tomar una decisión. Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 35. Sin dudas el denominador común consiste en la incidencia de un caso a resolver o, lo que es lo mismo, de una decisión concreta a tomar en la tarea interpretativa. Pero deben igualmente resaltarse un par de diferencias importantes. La primera es de raíz y general, pues en contraste con la tesis del autor que se analiza aquí se ha optado por no reducir la tarea interpretativa a los supuestos de duda sino definirla como la atribución de sentido a textos. La segunda diferencia consiste en que necesariamente se considera la interpretación operativa ligada a la aplicación -por un órgano competente-, mientras que la interpretación en concreto podría realizarse también por un operador no oficial del Derecho, por un abogado o por la doctrina, siempre que se proponga interpretar ante la necesidad de la solución de un caso -genérico o individual-.

⁵²⁵ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 33 y siguientes. En similar sentido véase también: Jorge GAMARRA: "Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley", en Ob. Cit., págs. 92 y 93.

⁵²⁶ Al desarrollar su concepción de la interpretación en concreto GUASTINI refiere a la subsunción individual. Sin embargo, si se atiende a la subsunción genérica que el propio autor también reconoce es posible extender el ámbito de la interpretación en concreto -aunque a nivel de clases- también a esos casos. Sobre subsunción individual y genérica véase Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., págs. 41 y 42.

Debe apuntarse que podría conceptualmente distinguirse entre la etapa de adjudicación de sentido de un texto que arroja una norma general y la verificación luego de si de ella se deriva una particular que resuelve el caso. Sin embargo, no parece ser esta la aproximación más adecuada desde que (a) el intérprete conoce de antemano el caso y ello condiciona su apreciación -que no debe confundirse con el presunto salto del ser al deber ser antes criticado-, y (b) puede existir una perspectiva genérica o particular, abstracta o concreta, pero lo cierto es que la inferencia o no de la norma particular importa delimitación de la norma general.

Como se adelantó, la interpretación jurisdiccional es de regla concreta, aunque en procesos de exclusiva declaración del Derecho puede llegar a efectuarse por magistrados interpretaciones en verdad abstractas, por lo general apunta a abordar un texto con el propósito de determinar la derivación o no de una norma particular para resolver un caso individual. Por su parte, en lo que refiere a la interpretación legislativa deben distinguirse dos situaciones, de acuerdo a las razones antes expresadas, la de subtipo explícito es abstracta y la implícita lo es de regla concreta en el triple sentido aquí antes conferido⁵²⁷.

Con todo, pese a la corrección de su calificación como interpretación de la Constitución en concreto, esta última no deja de diferenciarse considerablemente de la interpretación jurisdiccional por las siguientes razones:

(a) no es formulada como una interpretación sino que se presupone e infiere de la regulación dispuesta;

(b) para delimitar la potestad legislativa en el sentido indicado se considera un caso genérico e ideal -el proyecto o idea de regulación- por oposición a la consideración de un caso individual real o acaecido;

(c) se realiza en el marco de un proceso de génesis normativa general -y solo secundariamente de aplicación de la Constitución- a diferencia de la jurisdiccional que se realiza en un proceso fundamentalmente de aplicación normativa -y solo

⁵²⁷ En primer lugar, por la concreción en el nivel de las clases, pues la ley aunque de regla todavía relativamente abstracta concretiza en un primer escalón la Constitución. En segundo lugar, porque al legislar se presupone un análisis de la puntual potestad del legislador en la materia, un análisis concreto, no de la potestad legislativa con abstracción sino en relación con la cuestión a regular. En tercer lugar, por la particularización que genera una determinada idea de legislación. Se genera así la perspectiva específica de un proyecto que incide en la lectura de la Constitución. Véase *ut supra* IV.1.

secundariamente de creación normativa, que sería además en principio particular y no general-⁵²⁸;

(d) no es formalmente de tipo final -carece del carácter de cosa juzgada- y puede ser superada en los sistemas que, como los que nos ocupan, admiten un control de constitucionalidad jurisdiccional de las leyes; y

(e) en conexión con lo indicado en las letras (b) y (c), de regla no se consideran puntualmente casos individuales que deban así resolverse y que se presenten como situaciones consumadas.

Las diferencias reseñadas son de utilidad a estos efectos para evidenciar las diversas posiciones del legislador y del juez en la interpretación constitucional, los elementos relevantes con los que cada uno cuenta y que inciden en su ejecución.

Interesa resaltar que al legislar, aunque debe interpretarse la Constitución, se tiene en cuenta un supuesto ideal, de tratamiento de situaciones futuras, y un conjunto de propiedades que se entiende conforman una categoría abstracta merecedora de una determinada regulación general. Por su parte, el juez considera casos puntuales acaecidos en los que puede manifestarse la relevancia de propiedades -nuevas o imprevistas- que el legislador en su proyección ideal pudo haber desconsiderado involuntariamente, generándose eventualmente omisiones o inclusiones desigualitarias.

Sostiene con acierto HART que los legisladores, también los constituyentes, en tanto humanos, no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que a su vez trae aparejada una relativa indeterminación de propósitos⁵²⁹. El proceso de abstracción que se realiza al dictar normas generales que regulan una categoría es sin lugar a dudas falible, ora por responder a una construcción inductiva a partir de la realidad cuya corrección no puede aseverarse sino en términos de probabilidad⁵³⁰, ora por la omisión de información y de

⁵²⁸ La frontera entre la creación y aplicación del Derecho es sin dudas borrosa, pero parece que al menos desde un punto de vista didáctico pueden indicarse casos de cierta preponderancia de la creación o de la aplicación en función del margen de apreciación del Derecho positivo que existe en cada caso.

⁵²⁹ H.L.A HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., pág. 160.

⁵³⁰ En la creación legislativa del Derecho general y abstracto no puede afirmarse que exista un número finito de casos de la realidad que representen exactamente -finitamente- el propósito que se persigue con el dictado de la norma. Lo que en definitiva se toma en cuenta para la regulación es la realidad toda, cuyas dimensiones no pueden conocerse sino incompletamente. De ello se sigue que en la creación de normas generales y abstractas, o bien quienes legislan directamente prescinden de la consideración de casos al legislar -es realmente difícil concebir una actuación por pura abstracción, sin tener en mente al menos algún caso- o bien se consideran casos que pretenden categorizarse conjuntamente mediante una abstracción, en un proceso de verdadera inducción cuya exhaustividad y corrección no puede afirmarse. Véase Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit., págs. 130 y ss.

tiempo. Parece sensato que se posibiliten elecciones entre alternativas para dar solución a nuevas situaciones.

Lo que viene de afirmarse es en su base coincidente con la de uno de los principales argumentos en contra de la Constitución de detalle que fuera antes mencionado. La característica abierta de las disposiciones constitucionales de la parte dogmática encuentra también una justificación en la imposibilidad de resolver puntualmente y de antemano situaciones que no pueden con plenitud preverse⁵³¹. Sin embargo, existen diferencias entre la Constitución y la ley que impiden que de ello pueda seguirse una resignación del legislador a regular más acabadamente y mucho menos una equiparación de su función con la del constituyente. Razones de certeza exigen niveles de especificación y los argumentos en contra de la apertura que se basan en la inconveniencia de la discrecionalidad del juez -de escasa legitimidad democrática-⁵³², que son institucionalmente tolerables en materia constitucional por una cierta mediación del legislador democrático, sin dudas no lo son si se trasladan directamente al plano de la ley.

Es obviamente delicado el equilibrio entre apertura y detalle, incluso en materia de leyes en sentido orgánico y formal, si se tiene en cuenta el dato de la imprevisibilidad, la conveniencia de certeza y la legitimidad democrática de los intérpretes oficiales. Aunque existen puntos de contacto, no es objeto de este estudio cómo la legislación debería ser formulada, sino cómo debería ser interpretada en un sistema con supremacía constitucional formal en relación con la interpretación de la propia Constitución.

De cualquier forma, asumiendo el mantenimiento de la abstracción y una cierta vocación de perdurabilidad como característica propia de la ley -no obstante su crisis⁵³³ parece razonable todavía afirmarlo-, es incuestionable su indeterminación relativa, mayor o menor según el caso. Independientemente de los problemas de vaguedad o ambigüedad es necesario en su fase aplicativa acudir a un proceso de concreción sugestionado por la incidencia de un caso particular, efectuándose mediante la interpretación un pronunciamiento sobre su inclusión en la «zona de claridad o de oscuridad» -casos claros- o de «penumbra» -casos de duda-. Incluso ante una norma

⁵³¹ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 110 y ss.

⁵³² IDEM, págs. 89 y ss.

⁵³³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Segunda Edición, Aranzadi-Civitas, España, 2011, págs. 126 y ss. Del mismo autor: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Ob. Cit. págs. 39 a 51.

legal general que luzca a primera vista inequívoca sobre su alcance, lo cierto es que los cambios en la realidad -impredecibles- potencialmente comprometen tal apreciación preliminar. La textura abierta del lenguaje -en este caso en el sentido conferido por WAISMANN⁵³⁴- aqueja a las propiedades consideradas en normas que pretenden regular situaciones futuras con generalidad y cierta permanencia.

En fin, a diferencia de la Constitución rígida en que la particular apertura puede resultar deseable⁵³⁵, en la ley es necesario un nivel mayor de definición, lo que en buena medida disminuye la «zona de penumbra» en la senda de una mayor certeza, pero que, aunque sea por su abstracción y perdurabilidad, no consigue abatir la indeterminación.

De momento, retomando el eje de esta aproximación para concluir, debe simplemente considerarse que la actividad legislativa efectuada con vocación de una cierta generalidad y abstracción, si bien implica especificación respecto de la Constitución, es todavía general y se realiza en un escenario en el que no están todas las «cartas vistas». Se distingue así del ejercicio de función jurisdiccional, que se desempeña con conocimiento de las propiedades del caso en cuestión, sin que puedan generarse situaciones de imprevisión a su respecto por considerar eventos pasados.

Así como el legislador tiene una evidente y destacable ventaja institucional en su legitimidad democrática y plural, el juez tiene la suya en un mejor posicionamiento respecto de los problemas puntuales por pronunciarse en un contexto en el que las normas legislativas resultaron efectivamente implementadas, una vez que la realidad se manifestó, quizás, sorpresivamente. Es preciso adelantar que la interpretación legislativa no puede conocerse más allá de lo efectivamente consignado en disposiciones legales escritas, que también el juez debe interpretar al resolver sobre un caso. Así, únicamente en supuestos de claridad de la legislación verdaderamente podrá constarse la supuesta interpretación legislativa de la Constitución y eventualmente contraponerse con la propiamente jurisdiccional.

Debe añadirse otra serie de factores que se presentan como ventajas de calidad institucional de la deliberación que antecede a las decisiones -interpretaciones-jurisdiccionales relacionadas con la mayor objetividad e independencia de los jueces⁵³⁶. A saber: (a) los jueces tienen la obligación de considerar y resolver los asuntos que se

⁵³⁴ Friederich WAISMANN: “Verifiability”, en Ob. Cit., sexto párrafo.

⁵³⁵ Víctor FERRERS COMELLA: “Una defensa de la rigidez constitucional”, en Ob. Cit., págs. 33 y ss. Véase también el subcapítulo II.3.1.2.b de esta tesis.

⁵³⁶ En similar sentido Otto BACHOF: Ob. Cit., págs. 52 y ss; Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 161. Owen FISS: “The Forms of Justice” (1979), Faculty Scholarship Series. Paper 1220, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220, págs. 12 a 14.

someten a su consideración por determinadas personas, aunque prefiriesen no tratarlos, no controlan en su beneficio su agenda ni en lo que refiere a temas ni a personas; (b) los jueces deben justificar sus decisiones en base a argumentaciones que trasciendan sus meras preferencias personales -aunque muchas veces estas puedan resultar encubiertas, no parece acertado afirmar que siempre sea así, al menos no deliberadamente-, exponiéndose al hacerlo a quejas y a la incursión en responsabilidad⁵³⁷.

No se pretende aquí afirmar una superioridad de la interpretación jurisdiccional de la Constitución sobre la legislativa, sino meramente indicar introductoriamente que de sus diferentes características también se derivan aspectos positivos que una teoría consistente de una Constitución y de su interpretación debería considerar equilibradamente junto con la dignidad democrática de la ley.

3. Introducción al problema de la última palabra sobre la interpretación de la Constitución.

Ante la apertura de las cláusulas constitucionales que establecen «derechos» y fines, es frecuente que la legislación provea una primera instancia de concreción⁵³⁸ -ello sucede en la interpretación legislativa implícita-, todavía general y en el plano de la regulación de una clase, es decir, sin poner el foco en un caso concreto individual. En dicha tarea sin dudas se impone partir de la Constitución. Aunque no necesariamente ello sucede, debería ejecutarse una interpretación de disposiciones constitucionales que a su turno delimite materialmente la potestad legislativa, con generalidad y puntualmente en lo referente a la materia objeto de la legislación que se propone expedir.

Por su parte, en el ejercicio de la función jurisdiccional, el magistrado que opera en un sistema en el que se reconoce la supremacía de la Constitución debe también interpretarla. Desde luego, la interpretación referida no se presenta aisladamente en todos los escenarios, en tanto, como se adelantó, es frecuente que deban interpretarse a la vez, en forma paralela, también disposiciones legislativas que desarrollan o

⁵³⁷ Si bien es cierto que es posible que el Estado incurra en responsabilidad por su actuación legislativa, los legisladores no son en las Constituciones modernas responsables por sus votos u opiniones. Tómese como ejemplos de lo mencionado el artículo 112 de la Constitución uruguaya y el 71 de la Constitución española.

⁵³⁸ En determinadas Constituciones ello se dispone en ciertos casos en forma preceptiva. Las normas constitucionales que imponen legislar sobre una materia en el sentido indicado son las que suelen denominarse programáticas del subtipo imperativo.

intervienen en una materia pautada con mayor abstracción mediante disposiciones constitucionales.

Aunque no existe una coincidencia de perspectivas y fines, lo cierto es que las interpretaciones que ambos sujetos realizan de la Constitución podrían igualmente no ser de base coincidentes. Cabe preguntarse, entonces, qué interpretación prevalece, quién tiene la última palabra para atribuir sentido a las disposiciones constitucionales. No es en rigor posible conocer la interpretación legislativa implícita de la Constitución - que es la que mayormente interesa-, pues a diferencia de la explícita, ésta ni siquiera se formula⁵³⁹. La alternativa más recurrente consiste en asumir que el legislador interpretó la Constitución de tal forma que su actuación resulte ajustada a la misma, pero lo cierto es que ello es una ficción, entre otras cosas en tanto se trata de una conducta debida del legislador susceptible de ser incumplida. Aún en dicho caso inevitablemente la ley y la Constitución deben interpretarse y los parámetros de adecuación considerados, aunque se propongan pautas que lo limiten -v.gr. la «presunción de constitucionalidad» o cierta autocontención jurisdiccional (*self restraint*)-, son apreciados desde la posición del magistrado.

En el último capítulo se analizarán estos conceptos y se pretenderá demostrar que, con efectos similares, es más sencillo no recurrir a elucubraciones construidas sobre aspectos desconocidos del legislador y en su lugar proponer una interpretación consistente -con afán de racionalidad y coherencia sistémica- que tome en cuenta el principio democrático y el diseño institucional como parte del contexto normativo en la interpretación jurisdiccional de enunciados constitucionales.

Es dable aquí cuestionarse si de la posición «final» de los jueces se sigue que la Constitución sea lo que éstos dicen que es. Es importante para dar una respuesta correcta a la pregunta, como propone HART, distinguir entre firmeza e infalibilidad de la decisión jurisdiccional⁵⁴⁰. Es notorio que agotados todos los recursos que puedan presentarse ante la aplicación jurisdiccional de una norma jurídica, la solución en cuestión adquiere carácter de cosa juzgada y se impone definitivamente. Ahora bien, sostener que de tal característica de los fallos jurisdiccionales se deriva una potestad de los jueces irrestricta para la creación del Derecho, prescindiendo de las fuentes formales de raíz democrática, es tan equivocado como sostener que un árbitro de fútbol modifica

⁵³⁹ Nótese que aún en los supuestos de interpretación legislativa explícita de la Constitución, ante la formulación del enunciado interpretativo, por la vía de su propia interpretación también podrían avizorarse dificultades para precisar su alcance.

⁵⁴⁰ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, Ob. Cit., págs. 176 y ss.

las reglas del juego, autorizando a utilizar la mano para anotar goles, por cobrar en una ocasión desacertadamente un gol realizado con la mano⁵⁴¹.

Ante el reconocimiento de un sistema de reglas, un observador cualquiera puede pronunciarse sobre la corrección o incorrección de su aplicación, pueden generarse incluso discusiones al respecto, pero una cosa es reconocer que existe una interpretación oficial última y aplicable forzosamente a un caso y otra muy distinta que ella por ser formalmente la última sea necesariamente la correcta. Es cierto que si se repiten en el tiempo y se asientan determinados criterios o reglas jurisdiccionales, aunque sean manifiestamente infundados en disposiciones formales, debe reconocerse una modificación de la regla y una alteración con mayor o menor intensidad de los mecanismos de producción del Derecho. No cabe aquí explayarse sobre las tensiones entre validez y facticidad, o entre validez y eficacia -en la terminología kelseniana⁵⁴²- de normas puntuales o del sistema todo⁵⁴³. Basta a estos efectos admitir que en las comunidades políticas que ocupan a esta investigación se reconoce un sistema de fuentes formales aprobadas por procedimientos democráticos, que se espera de los magistrados que ejercen funciones jurisdiccionales de regla emitan sus soluciones basadas en tales disposiciones preexistentes a su decisión.

Es verdad que la indeterminación de ciertos textos constitucionales relevantes conlleva discrecionalidad, pero también lo es que en la mayoría de dichos casos lo es en sentido débil (*ut supra* III.2.1.4) desde la óptica del juez y sólo excepcionalmente lo es en un sentido fuerte. Incluso en estos últimos casos al menos el punto de partida es una base textual sobre la que indefectiblemente los jueces deben fundar sus fallos.

Efectuada la distinción entre decisión final e infalible, puede afirmarse que en el sentido de «firmeza» incuestionablemente los jueces tienen la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, pues con el alcance del caso la tienen sobre la aplicación del Derecho todo. Ahora bien, el abordaje que verdaderamente importa para el propósito de esta tesis no es el que viene de mencionarse sino el de la corrección en su tarea. En otras palabras, el punto consiste en definir de qué manera pronuncian los jueces su última palabra -en un sentido formal- en forma adecuada en los casos en los que se impone interpretar la Constitución y, a la vez, una ley sobre la materia que

⁵⁴¹ IDEM. HART utiliza la analogía con las reglas de tanteo de un juego.

⁵⁴² Hans Kelsen: *Teoría pura del derecho*, Ob. Cit., págs. 145 y 146.

⁵⁴³ Un análisis algo más pormenorizado de estas cuestiones puede verse en Diego GAMARRA ANTES: “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, Ob. Cit., págs. 163 y ss.

supone también una interpretación legislativa de esta última. El cuestionamiento se dirige así hacia una suerte de sentido material de la última palabra en la interpretación constitucional.

Buena parte de las discusiones sobre este punto, según se estudió en el capítulo II, refieren a la conveniencia de un sistema de fuentes que reconozca supremacía formal a la Constitución y que disponga de mecanismos de control jurisdiccional de las leyes. Ahora bien, en las Constituciones modernas, cuyo rango y mecanismo de defensa intentó también en el apartado II.3 del capítulo indicado justificarse, resulta inobjetable su superior jerarquía normativa respecto de la ley y la existencia de instrumentos jurisdiccionales para hacerla valer en supuestos de antinomia. De todas formas, no es poco el paño por cortar en la fase interpretativa, antes de definirse si existe o no un conflicto, y la principal consideración realizada por los contendientes de la rigidez y del control de constitucionalidad -la objeción democrática-, resulta trasladable al problema de la última palabra pero enfocado en la tarea interpretativa, en el marco de Constituciones caracterizadas por las referidas notas⁵⁴⁴.

Cabe entonces, nuevamente plantear la pregunta con la matización indicada. ¿Debe el juez al confeccionar una solución definitiva a un caso constitucional relegar su propia concepción ante la supuesta interpretación del legislador democrático?

Para responder a la interrogante formulada, debe una vez más desmitificarse la posibilidad de conocer la «interpretación legislativa» sino a través de una interpretación del texto legal promulgado que debe necesariamente ejecutar el juez. La ley debe también interpretarse simultáneamente con una o varias disposiciones constitucionales para reconstruir -si es que tiene sentido- una posible interpretación legislativa desconocida⁵⁴⁵. Así, es imprescindible discriminar supuestos de claridad y de duda, tanto de las disposiciones legales como de las constitucionales involucradas para construir una explicación seria del fenómeno.

⁵⁴⁴ El excelente trabajo de FERRERES COMELLA, aunque desde una perspectiva diferente -con mayor énfasis en lo institucional, tomando en lo pertinente nota de la objeción democrática y proponiendo una presunción de constitucionalidad de las leyes moderada como punto de partida en el control de constitucionalidad-, pretende también apuntar a esta otra faceta del problema. En puridad se concentra en la instancia de control de constitucionalidad, mientras que aquí se propone considerar el fenómeno un paso antes, en la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales. Véase Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 129 y 130.

⁵⁴⁵ Debe insistirse en que la interpretación legislativa de la Constitución debe efectuarse -para dar cumplimiento a la vocación de consistencia del ordenamiento- pero que no necesariamente se efectúa, pues es posible que el legislador no tenga seriamente en cuenta a la normativa constitucional o, en casos aún más patológicos, que expresamente se proponga desatenderla.

En el capítulo final se analizarán los escenarios posibles, de momento debe indicarse que es evidente que la respuesta a la pregunta realizada no puede ser afirmativa en todos los casos, de lo contrario no se podría predicar la abrumadoramente reconocida juridicidad -en un sentido fuerte- de las normas constitucionales. La más absurda de las interpretaciones legislativas, aún aquellas realmente claras y que burdamente no son susceptibles de ser atribuidas como significado de un enunciado constitucional también contundente, serían consideradas legítimas. Ninguna norma legislativa sería efectivamente objetable en contraste con la Constitución.

Desde que se reconoce la supremacía de todas las normas constitucionales, incluso aquellas materiales consignadas mediante disposiciones abiertas, en tanto el aplicador último del Derecho debe interpretar todas las disposiciones relevantes del sistema, no puede omitir la consideración primordial de las de mayor rango para la resolución de un caso, incluso en los supuestos en los que exista una ley que refiera a la materia.

Sin embargo, y sin que ello implique contradicción alguna, la interpretación de la propia Constitución entendida como un todo sistémico puede sobre la base de un equilibrio institucional, del pluralismo y del autogobierno como fines positivamente consignados, reconducir a una suerte de primacía de una apreciación legal -en verdad supuesta- en ciertos casos de normas abiertas. Así lo sugiere con contundencia BÖCKENFÖRDE al proponer una teoría de la Constitución como marco a desarrollar por el legislador⁵⁴⁶.

Ahora bien, ello tampoco puede asumirse sin cortapisas, sin discernir entre soluciones interpretativas claras y dudosas, y sin reconocer un límite que las Constituciones modernas postulan a la actuación legislativa. Muy especialmente en materia de derechos en sentido fuerte, aquello que constituye el «contenido esencial» según los términos de las Cartas española y alemana.

En lo que resta de este capítulo se analizará someramente el tema de los límites de los derechos y su distinción con los fines o bienes trazados como objetivos a maximizar -políticamente-; para en el capítulo final enlazar las reflexiones intermedias esbozadas y presentar pistas para un modelo de interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales concurrentes, que entiendo contribuyen a su

⁵⁴⁶ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 41. En el mismo sentido véase Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 23 a 26.

mejor fundamentación bajo una teoría equilibrada de las Constituciones formales contemporáneas.

4. La discrecionalidad legislativa y sus límites.

La sujeción del acto legislativo a la Constitución en los sistemas modernos implica la necesaria limitación del legislador. En lo que refiere a las cuestiones de forma, el asunto es relativamente simple, pero las restricciones referentes al contenido y la finalidad resultan algo más complejas, fundamentalmente en materia de «derechos» y fines consignados por cláusulas constitucionales abiertas. Tan correcto es afirmar que la Constitución sienta límites a la legislación como afirmar que, desde la apertura, se le reconoce un margen considerable de apreciación. La dificultad radica precisamente en determinar el punto de inflexión.

El juez que se enfrente a la Constitución y una ley para la resolución de un caso deberá interpretar las disposiciones relevantes de ambos rangos en búsqueda de consistencia sistémica. Por una sencilla razón, ante posibilidades plausibles es mejor optar por la racionalidad, no la del legislador, sino la que ante su desconocimiento y relativa irrelevancia⁵⁴⁷ el juez finalmente imprime sobre un texto legislativo promulgado. En el marco de dicha tarea, por apego a la propia Constitución no necesariamente puede en su supuesta defensa pretender el magistrado imponer su interpretación preferida ante un panorama de opciones de razonable paridad y un pronunciamiento legislativo verdaderamente claro en el sentido de una de ellas. Tal como se estudiará, ello depende de lo que la propia Constitución consigne y, más específicamente, de si se trata de un asunto en el que están o no en juego precisamente los límites de la actividad legislativa ordinaria.

Desde la perspectiva de la interpretación, la oposición entre supuestos de duda y claridad y de interpretaciones razonables o no de las disposiciones de las dos categorías, determina las posibilidades de armonizar o no soluciones constitucionales y legales y, en conexión con ello, la posibilidad de determinar supuestos de actuación legislativa dentro o fuera de los límites establecidos por la Carta⁵⁴⁸. De todas formas, más allá de ese elemental pero robusto criterio, es necesario aún considerar el concepto de

⁵⁴⁷ Sobre las carencias para determinar procedimientos que permitan identificar una intención del legislador, véase Ronald DWORKIN: “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios*, Ob. Cit., págs. 65 y ss.

⁵⁴⁸ En el capítulo final se analizarán específicamente las combinaciones de escenarios esbozadas.

«derechos» -oponibles incluso al legislador- o de su «contenido esencial» -que en verdad, como se verá, son lo mismo-, como límites materiales de la legislación reconocidos en el constitucionalismo moderno. Se impone analizarlos y determinar si en verdad tales restricciones existen en forma independiente de la razonabilidad en la interpretación, de la proporcionalidad y, en la misma línea, si cabe abonar o no la necesidad de distinción entre cuestiones de «política» y de «derechos» para la delimitación funcional de jueces y legisladores.

Debe desde ya sentarse que la apreciación acerca de si existen o no opciones entre interpretaciones razonables de un texto constitucional y legal, si se compromete o no un «derecho» constitucional mediante el dictado de una ley, si ésta resulta o no desproporcionada, o si una cuestión de tratamiento legislativo es de configuración «política», recae necesariamente sobre el juez en los sistemas que aquí interesan. No se trata de pautas que objetivamente conduzcan a verdades únicas e inobjetables, sino de parámetros de utilidad para calificar la justificación de la interpretación -con pretensión de ser la más adecuada- en el contexto de una determinada teoría de la Constitución.

4.1. *Discrecionalidad legislativa en la maximización de bienes.*

Es algo difícil analizar el problema de la discrecionalidad del legislador y su relación con los «derechos» sin considerar un ordenamiento jurídico determinado y una particular concepción acerca de éstos. El problema inicial es de terminología, pues en algunas Constituciones como la española o la alemana se especifican cuáles son los «derechos fundamentales» –así denominándolos- mientras que en otras para referir al mismo fenómeno simplemente se refiere a «derechos», «derechos humanos», «derechos del hombre», «derechos del individuo» o individuales y «derechos civiles»⁵⁴⁹, generándose confusiones y una inmensa necesidad de precisiones para realizar cualquier tipo de afirmación a su respecto. Más complejo aún es el asunto si se tiene en cuenta si se dispone o no expresamente la garantía del «contenido esencial», si ésta se predica respecto de algunos derechos constitucionales -los fundamentales- pero no respecto de otros, o si se estipula o no específicamente la proporcionalidad o la interdicción de la

⁵⁴⁹ Sobre las variantes terminológicas para referir a la idea de derechos en sentido fuerte aquí manejada y la existencia de concepciones afines -como la de derechos morales, naturales o libertades públicas-, véase Gregorio PECES BARBA: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 19 a 29.

arbitrariedad como límites de todos los poderes públicos y, concretamente, del legislador.

Aun así, apelando a la filosofía política del constitucionalismo moderno⁵⁵⁰, que se basa en una idea de limitación de un poder ejercido con ajenidad y se materializa con una rigidez constitucional de «derechos» que los erige como límites infranqueables incluso para el legislador⁵⁵¹, intentaré presentar la explicación que entiendo más adecuada de calibración del margen de apreciación constitucional de este último. Desde ya presento excusas si en el afán de generalización lo que aquí se postula no resulta en ciertos puntos ajustado en virtud de soluciones de Derecho positivo que en determinados sistemas constitucionales se establezcan en otro sentido.

Es cierto que los llamados «derechos» muchas veces se describen como susceptibles de limitación, delimitación, de desarrollo legislativo, de regulación de su ejercicio o de intervención⁵⁵², y que ello no parece responder adecuadamente a la idea referida de intangibilidad. Puede sostenerse que basta con una matización del planteo para que resulte ajustado, indicando que solo en cierto punto resultan invulnerables, pero ello no contribuye a esclarecer demasiado el problema. Es por ello que se suele presentar una suerte de paradoja entre el mandato de desarrollo legislativo de los «derechos» y su función, a la vez, como límites del legislador, que impone recurrir a la confusa noción de «límites de los límites»⁵⁵³ y a la distinción de un contenido esencial e indisponible por contraposición a otro contenido que sería accidental y disponible.

Las disposiciones que refieren a «derechos» no son todas uniformes, pues las hay muy precisas y concretas -tal es el caso antes referido del artículo 26 inciso primero de la Constitución uruguaya que prohíbe la pena de muerte-, aunque, como se indicó en el capítulo previo, tienden a ser abiertas y ello tiene su justificación. En todos los casos, aunque quizás de forma más visible en aquellos de singular apertura en la formulación, lo cierto es que es posible identificar bienes tutelados por la Constitución y un contenido normativo múltiple, desde que para completar efectivamente las disposiciones referidas y determinar la norma en cuestión, se las conecta con otras disposiciones

⁵⁵⁰ Sobre sus características y la que entiendo es su justificación véase el Capítulo II de este trabajo.

⁵⁵¹ Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ob. Cit., pág. 37 y 219.

⁵⁵² Véase el artículo 7 de la Constitución uruguaya o el 53.1 de la Constitución española. En el caso del artículo 7 de la Constitución uruguaya debe apuntarse que el carácter ilimitable de los derechos se confecciona conforme una construcción dogmática que también considera lo consignado en el artículo 72 de la Carta y distingue «derechos preexistentes» y «derechos consagrados». Más adelante en este capítulo se desarrollará este punto.

⁵⁵³ Por muchos, Gregorio PECES BARBA: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ob. Cit., págs. 320 a 322. Xavier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 84 a 86.

constitucionales que refieren, en lo que aquí interesa, a la potestad legislativa, a la exigibilidad jurisdiccional o a la incursión en responsabilidad de los incumplidores.

Así, una disposición típica que refiere a «derechos» (i) sirve de base para la determinación de normas secundarias -que demarcan la competencia del legislador- cuya desatención tiene como consecuencia la inconstitucionalidad de la ley o de los otros actos de que se trate; y (ii) es también soporte de normas de obligación, que facultan a los individuos a exigir jurisdiccionalmente el cumplimiento del deber correlativo al derecho en cuestión, incurriendo además los infractores en responsabilidad por su ilicitud perniciosa.

No son esas variantes las que verdaderamente importan en este apartado, sino también el doble contenido de las disposiciones de derechos pero en otro sentido. En la medida en que al consignar un «derecho» que es inmediatamente exigible y opera como límite de la legislación, se evidencia además la vocación de tutela del bien que resulta jurídicamente protegido mediante el mismo, que tiende a definir conjuntamente con otros concurrentes la noción elemental de «bien común» o de «interés general». Aún sin texto expreso que disponga este doble alcance, conviene confeccionar una teoría en tal sentido a partir de una Constitución que refiera a derechos y sea democrática e institucionalmente nivelada. En el caso de Constituciones como la española o la uruguaya, entiendo que la construcción se facilita en virtud de lo estipulado respectivamente por sus artículos 53.1 y 7. No sólo se fija un piso, que se protege íntegra y absolutamente en relación con todos los poderes públicos, sino que se mandata la optimización bajo la forma de un fin a perseguir por el legislador.

En tal sentido, se impone un límite que funciona como mínimo, que es propiamente el contenido del derecho en sentido fuerte, e implícitamente o por mandato constitucional específico, se postula a la vez la maximización del bien en relación con otros también constitucionales, que debe efectuarse primordialmente a través de una calibración política legislativa por razones de corrección funcional, con el límite de la desproporción o arbitrariedad.

Por último, debe apuntarse que no es posible analizar estos problemas en forma independiente de los interpretativos, es decir, sin tener en cuenta la terea de adjudicación de sentido a las disposiciones constitucionales de «derechos». Precisamente, las dificultades en la determinación del derecho en sentido fuerte a partir de los enunciados constitucionales -lo que suele llamar su «contenido esencial»-, muy especialmente en supuestos de interpretación en concreto y aplicativa de cláusulas

abiertas, son los que generan las dudas más agudas sobre los límites del legislador. No es de otra forma que interpretando, por más complejo que sea, que se demarca el alcance de la protección en tanto derecho en sentido fuerte -oponible al legislador- y la protección menos intensa como bien a tutelar discrecionalmente con vocación de maximización.

4.1.1. *Derechos y políticas.*

La distinción trazada por DWORKIN entre cuestiones de principio y de políticas públicas, entre decisiones sobre qué derechos tienen las personas en el sistema constitucional y sobre cuál es la mejor manera de promover el bienestar general⁵⁵⁴, es una diferenciación valiosa para explicar adecuadamente el discurso de los «derechos». De su mano, en lo que refiere al enfoque institucional, se contribuye así a delimitar el papel que a los jueces y al legislador corresponde conforme una teoría consistente.

Por supuesto que no es nada sencillo precisar siempre los casos de «cuestiones políticas» y los casos de «derechos», asuntos de maximización de bienes y de mínimos indisponibles de dignidad. Es posible que jueces con afán de poder o equivocadamente puedan vestir de derechos cuestiones políticas, pero no deja de ser este discernimiento básico un buen punto de partida en la interpretación jurisdiccional de disposiciones de derechos, toda vez que alguna forma de revisión jurisdiccional y material de la ley se encuentra justificada y puntalmente dispuesta en los ordenamientos constitucionales imperantes.

En buena medida lo que se discute al interpretar disposiciones abiertas que refieren a derechos en casos difíciles, es si la solución en cuestión efectivamente refiere a «derechos», o si, por el contrario, por encontrarse más allá de su delimitación debe considerarse la regulación del bien subyacente como «cuestión política» y, consiguientemente, de disponibilidad por el legislador con el límite de la arbitrariedad.

Las dudas interpretativas intensas para la aplicación de la Constitución, no las que se presentan casi inevitablemente en forma preliminar al enfrentarse a un texto sino las que persisten, recaen en estos casos, en última instancia, en una apreciación jurisdiccional sobre la comprensión o no de un caso puntual en el ámbito de aplicación de una norma de derecho fundamental en sentido estricto. Entendiendo por ésta aquella

⁵⁵⁴ Ronald DWORKIN: “El foro de los principios”, en Ob. Cit., pág. 100.

que refiere a un mínimo, a la identificación de un bien indispensable para el desarrollo y la dignidad del ser humano. Desde la mirada del intérprete no es sino la solución más elemental que el texto que refiere al bien expresa, conforme los aportes contextuales y teleológicos y de acuerdo a parámetros valorativos de la comunidad del presente, que no es otra cosa que lo que el derecho en sentido fuerte en puridad es.

La separación entre «derechos» y «cuestiones políticas», enlazada con lo indicado precedentemente sobre el mínimo a asegurar y la maximización a perseguir, en buena medida se ve amenazada desde que se admite que aún las cuestiones de moralidad política más básicas son muchas veces objeto de controversia⁵⁵⁵, especialmente en atención a supuestos concretos. No sólo se discuten las cuestiones de maximización de bienes desde una perspectiva colectiva sino que también existen casos en los que se enfrentan opiniones genuinas sobre mínimos de dignidad, implicándose en la incertidumbre un verdadero problema sobre los límites de las categorías. Para aquellos que entienden que una determinada situación no refiere a derechos morales positivados, ella será a lo sumo, precisamente, una «cuestión política».

En cualquier caso, la distinción opera como criterio atendible para ordenar la argumentación y como se verá seguidamente, es en buena medida sobre ella que se edifica el concepto de la «esencialidad», aunque en forma algo confusa, pues se utiliza para calificar al «derecho» y no al bien, que junto con la noción de proporcionalidad se erigen como los límites del legislador de mayor difusión y adhesión en la materia, y que a continuación críticamente se presentarán.

4.1.2. *Límites. Los derechos en sentido fuerte (el llamado contenido esencial de los derechos).*

En Constituciones como la alemana (artículo 19.2) o la española (el multicitado artículo 53.1), expresamente se establece el contenido esencial de los derechos como límite constitucional a la actuación legislativa. La idea de notas esenciales y

⁵⁵⁵ Sobre una tesis radical del carácter controvertible de los derechos, que propone en función de dicha característica cuestionar la rigidez de cláusulas materiales y los sistemas de control jurisdiccional de regularidad constitucional, véase Jeremy WALDRON: *Derecho y desacuerdos*, Ob. Cit., págs. 19 y 20, y Diego MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ: Ob. Cit., págs. 47 y 48. En el capítulo II de este trabajo, sin dejar de reconocer el problema, se asumió una postura menos extrema sobre su alcance y se postuló una tesis que considera valiosa la instancia de revisión jurisdiccional de la ley, siempre que domine el proceso una interpretación que tome en cuenta que la propia Constitución confiere cierta deferencia al legislador y se prevea un mecanismo de reforma constitucional democráticamente más potente que el de elaboración de la legislación ordinaria y de implementación relativamente asequible.

accidentales de un «derecho» no es de sencilla comprensión, pues los derechos como situaciones jurídicas se tienen o no se tienen, es realmente complicado concebirlos por partes o susceptibles de escisión y de protecciones disímiles⁵⁵⁶. Seguidamente se analizarán los intentos por elaborar definiciones acerca de lo que el contenido esencial de un derecho es, pero conviene previamente indicar que su determinación es una tarea eminentemente interpretativa⁵⁵⁷ de uno o varios enunciados constitucionales. Su sentido se esclarece bastante si se distinguen diferentes normas y situaciones jurídicas a partir de una misma disposición «de derechos» -sin perjuicio de su conexión con otras-.

Por un lado se establece un derecho subjetivo respecto del legislador en lo que aquí interesa -un derecho constitucional en sentido fuerte- que dependiendo del sistema puede asociarse con la posibilidad de obtener la inconstitucionalidad de la ley, la exigencia de protección directa ante el avasallamiento legal del derecho, la reparación patrimonial en un supuesto de responsabilidad por acto legislativo, o bien con todas o algunas de ellas. Por otro lado, lo que podría denominarse tradicionalmente como un «interés legítimo» frente al legislador -más allá de las debilidades de la categoría, todavía aquí se emplea por su difusión para explicar problemas jurídicos-, cuyo avasallamiento también genera consecuencias jurídicas. Es en realidad también un derecho, pero consistente en que el bien referido en la disposición sea razonable e igualitariamente tenido en cuenta para su tutela legislativa con determinado alcance superior al mínimo asegurado.

Desde la perspectiva de los poderes públicos, en el primer caso se tendría una carencia de potestad -incompetencia- y un deber de no transgredir el derecho; y en el segundo una potestad y un deber de maximizar los bienes por los poderes públicos con discrecionalidad -que supone no incurrir en desconsideraciones-. Bien puede decirse que ambas situaciones pueden considerarse fusionadas y apelar al concepto de límites y límites de límites, no es en sustancia distinto, sin embargo, insisto en que la escisión permite evitar equívocos.

El contenido esencial sería, pues, el derecho subjetivo indicado en primer término, es decir, el derecho en sentido fuerte, oponible al legislador o, mejor aún, simplemente el «derecho»⁵⁵⁸. Es menos artificioso considerar que el contenido esencial es lisa y llanamente el «derecho» como viene de indicarse y a la vez que, en tanto se

⁵⁵⁶ Javier JÍMENEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ob. Cit., pág. 70.

⁵⁵⁷ Gregorio PECES BARBA: Ob. Cit., pág. 312.

⁵⁵⁸ Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 102.

confiere una tutela con tan potente alcance, es razonable paralelamente suponer que se trata de un bien que la Constitución ve con buenos ojos, cuya extensión a partir de los mínimos blindados se anhela, lo que genera importantes consecuencias en términos de interpretación sistemática y teleológica.

En ciertos casos, la intervención del legislador puede efectuarse para regular el ejercicio del «derecho», para facilitarlo o bien para posibilitarlo cuando ello es necesario u ordenado; en otros casos, de frontera borrosa con los indicados previamente pero conceptualmente distinguibles, se interviene legislativamente para maximizar el bien que es a la vez tutelado por el derecho en el sentido fuerte antes referido⁵⁵⁹. En estos últimos supuestos, si se parte de una comprensión de los bienes con vocación expansiva y potencialmente concurrente, una intervención que tienda a desarrollar un bien en relativo desmedro de otro, con el límite del derecho -del contenido esencial- claro está, puede leerse como una limitación del bien al que se le pone coto, pero no del derecho fundamental propiamente dicho.

Ahora bien, la identificación o atribución de contenido del derecho fundamental en el sentido indicado, no es otra cosa que el resultado de una interpretación y es precisamente en atención a la relevancia que se atribuye a cada uno de los intérpretes oficiales -legislador y jueces- que cobra sentido la referencia a la noción de limitación o freno del legislador. Ello inevitablemente significa en determinado punto la prevalencia en la materia de la interpretación jurisdiccional al juzgar su compatibilidad con la ley.

Es más, aunque no existiese norma expresa que refiera al contenido esencial -tal es el caso en la Constitución uruguaya-, como bien indican HÄBERLE⁵⁶⁰ y ARZOZ SANTISTEBAN, la propia fuerza normativa de la Constitución y su supremacía son las que imponen que el legislador no pueda contravenir la Constitución. En esa línea, sin perjuicio de la matización que cabe en supuestos de dudas interpretativas que se analizarán en el capítulo V, es que se prevén mecanismos de inconstitucionalidad por razones materiales, para garantizar la referida supremacía⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Esta caracterización refiere a la forma «positiva» de vinculación del legislador, por oposición a la denominada forma «negativa» de vinculación que supone un límite a su injerencia determinado por el contenido esencial o, si se prefiere, por el «derecho en sentido fuerte». Sobre estas dos formas de vinculación, véase Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996, págs. 1 y ss.

⁵⁶⁰ Peter HÄBERLE: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 219.

⁵⁶¹ Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 102.

Dicho punto, que suele denominarse el contenido esencial en materia de derechos⁵⁶², desde una mirada interpretativa no es sino la indagación de la protección de aquello que no podría considerarse en el contexto constitucional -que refiere también a los aspectos funcionales- y en un momento determinado -con una mirada vigente de los textos- como significado atribuible a un término que expresa un bien humano básico definido como indisponible⁵⁶³. Es por eso que suele mencionarse que el contenido esencial es lo que hace al derecho «reconocible». De ello no se sigue que no puedan existir dudas al respecto, que las habrá en mayor o menor medida según el caso, sino que la interpretación del operador debe dirigirse en tal sentido para que su intervención se encuentre adecuadamente fundada en la Constitución.

Acierta DE OTTO al indicar que los supuestos problemas de «limitación» de derechos, en verdad son de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y al afirmar seguidamente que el contenido protegido de un derecho fundamental no es tan sólo el que resulta de la norma que lo reconoce, sino que viene dado por una articulación de ella con las restantes de la Constitución que pueden incidir sobre una misma porción de la realidad⁵⁶⁴.

Conviene realizar alguna reflexión adicional sobre lo indicado, si se admite la utilidad de una división entre el «derecho» -nuevamente, como mínimo asegurado constitucionalmente incluso frente al legislador- y el bien o valor a potenciar. En verdad el alcance de la norma se determina por la interpretación de una disposición o varias en su consideración conjunta con otras también relevantes. Más allá de alguna diferencia terminológica, es cierto que necesariamente la determinación del «derecho» -su específica configuración- debe ser el resultado de una interpretación de la Constitución, aunque ello en ciertos casos, por la apertura, desde una mirada externa pueda parecer un instrumento de moderada potencia. Sin embargo, en lo que refiere al mandato de maximización de bienes, la interpretación lo que determina es un espacio, un margen de actuación del legislador sobre bases políticas con el límite de los «derechos» y la

⁵⁶² Tal concepción, como se adelantó, es expresamente incluida en la Ley Fundamental de Bonn y en la Constitución española. Su propagación se debe a los desarrollos de prestigiosa doctrina de profesores y magistrados de ambas naciones.

⁵⁶³ En similar sentido LUCAS VERDÚ afirma que el contenido esencial de un derecho o libertad fundamental está implícito en el articulado constitucional y que refiere a la intangibilidad de la persona humana en su dignidad esencial y la idea del libre desarrollo de la personalidad. Pablo LUCAS VERDÚ: *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid 1985, pág. 177, pág. 195.

⁵⁶⁴ Ignacio DE OTTO: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO e Ignacio DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 125 y ss. Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 73.

proporcionalidad -según se desarrollará-, pero no una solución puntual. En esta precisión, que no deja de ser interpretativa, radica también la delimitación entre la preferencia por la interpretación legislativa o jurisdiccional de la Constitución y sus respectivos alcances que determinan su corrección funcional.

Las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales suelen distinguirse básicamente, en lo que aquí interesa, en absolutas y relativas⁵⁶⁵. Respectivamente y en forma simplificada, las primeras lo conciben como una barrera infranqueable, estructural, abstracta y preexistente que divide un núcleo indisponible de una zona accesoria disponible por el legislador; mientras que las segundas lo conciben como una barrera móvil que requiere de la ponderación de bienes o intereses para su ubicación y que parte de su equiparación con la necesidad de justificación de una medida, principalmente de legislación. En estos casos se propone la estructuración de la fundamentación en virtud de un test de proporcionalidad, en principio, sin apelar a la idea de mínimos blindados.

Es posible también presentar este par de teorías con otras duplas estrechamente relacionadas, a saber, de delimitación y limitación o como teoría interna o externa sobre los derechos fundamentales⁵⁶⁶, sin embargo, sin perjuicio de alguna mención puntual, se omitirá su desarrollo en tanto en lugar de proveer explicaciones convincentes y fácilmente perceptibles ello genera a estos efectos innecesaria complejidad.

La distinción y oposición entre ambas teorías -absolutas y relativas- en buena medida se desfigura si se tiene en cuenta la mediación de la tarea interpretativa. La preexistencia postulada por quienes plantean el carácter absoluto del contenido esencial es de tipo conceptual y no puede sensatamente leerse como una renuncia a la interpretación operativa -ante un caso que exige una operación de concretización-. Simplemente se postula que en tanto se establece constitucionalmente un límite al legislador, por cierto, consistentemente con los postulados del constitucionalismo contemporáneo más difundido como teoría, este debe operar como un freno impuesto,

⁵⁶⁵ Luid PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 232 y 233. Una síntesis de estas posiciones y otras intermedias puede verse en Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 91 y ss. También véase Carlos GUARIGLIA: *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, Ob. Cit., 235 y ss. Una sistematización más amplia que excede el objeto de este trabajo, incluyendo distinciones objetivas y subjetivas, puede verse en Humberto NOGUEIRA DE ALCALÁ: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnica, Santiago de Chile, 2007, págs. 99 a 115, y en Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., págs. 53 y 54.

⁵⁶⁶ BERNAL PULIDO utiliza esta terminología. Véase Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., págs. 448 y ss.

vale insistir, conceptualmente anterior. Una cosa es que conceptualmente exista un límite, otra es derivar de ello la imposibilidad de su variación, considerando que resulta de una interpretación de un texto que también puede cambiar según el intérprete y el tiempo.

Es cierto que los métodos interpretativos pueden variar para establecer el contenido semántico atribuible a la disposición de derecho en cuestión, desde una contextualización sistemática que exige ponderación como armonización, pero variando el foco, que en la búsqueda de significados podrá depositarse en desarrollos históricos, en la convicción media del pasado o en la contemporánea. En todo caso es en función de estas opciones y, fundamentalmente, en el provecho o no de manejar una perspectiva de mínimos en el análisis, que deberían con algo más de utilidad diferenciarse las teorías, por cierto, de denominación poco representativa así reformuladas.

Los criterios interpretativos referidos pueden ubicarse dentro de las posiciones que se engloban bajo el rótulo de teorías absolutas. Los enfoques historicistas u «originalistas», siempre que además admitan la idea de contenido esencial como facción de un derecho más amplio, coincidirían con la teoría que se denomina espacial-absoluta; mientras que si se considera alguna forma de incidencia del tiempo en la interpretación, la teoría será la denominada temporal-absoluta. En cualquiera de los casos referidos no se reniega de una interpretación sistemática, a partir de la consideración de la Constitución como unidad como presupuesto -que implica apreciar equilibradamente la incidencia de otras disposiciones que refieren a otros derechos e incluso a bienes o fines a tutelar-, aunque en un caso ello se realiza con un anclaje en el pasado y, en el otro, admitiendo el dinamismo o, si se prefiere, las mutaciones o cambios constitucionales por vía interpretativa⁵⁶⁷.

Quizás sin deliberadamente relacionar el planteo con una actitud interpretativa – que según entiendo es lo que efectivamente sucede-, JIMÉNEZ CAMPO con acierto ha apuntado a destacar un entendimiento temporal del contenido esencial de los derechos o, mejor aún, sin más, del contenido de los derechos. Para expresar lo adelantado ha sostenido que dicho contenido esencial no sería «*un fragmento, núcleo interno o*

⁵⁶⁷ Sobre los cambios generados por la interpretación y sus límites véase Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Notas sobre el concepto de «cambio constitucional»”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, págs. 193 y siguientes; Diego GAMARRA ANTES: “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo”, en Ob. Cit., págs. 57 y ss. HSÜ-DAN-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin e Leipzig, 1932. No se tuvo acceso a esta obra, se la referencia en función de lo reseñado por José AFONSO DA SILVA en “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales –Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 1, UNAM.

reducto del derecho», sino que sería «lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo, aquello que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo»⁵⁶⁸.

La orientación propuesta es en sustancia la correcta, fundamentalmente en cuanto no se insiste con la idea de compartimento parcial estanco o núcleo, identificando el derecho en sentido fuerte con su contenido todo, y en tanto admite su alteración con el tiempo, mediante una interpretación socialmente vigente de la disposición en cuestión. Sin embargo, no es cierto que un derecho no pueda durante un tiempo determinado permanecer incambiado, idéntico a sí mismo. Una cosa es que conforme la alteración de la realidad en un tiempo específico puedan cambiar las concepciones de un derecho en relación con las pasadas y otra distinta que necesariamente cambien.

También es compartible el planteo de JIMÉNEZ CAMPO en lo que refiere a otro aspecto central en la materia, a saber, la noción de contenido esencial ante todo como límite del legislador. Así, el referido autor entiende que *«el derecho fundamental se reconoce o no al enjuiciar la ley»⁵⁶⁹ y en esto consiste su defensa jurisdiccional: en examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como forma histórica del derecho que la Constitución creó»⁵⁷⁰.*

Al fijarse los límites del legislador como resultado de una interpretación constitucional, se admite en lo restante, en relación con el bien objeto de tutela, un ámbito de discrecionalidad que en su ejercicio proporcionado excluye la intervención jurisdiccional legítima.

En la precisión temporal del referido límite, en tanto resulta algo grandilocuente y vaga la tarea de identificación de la *«forma histórica de la legislación de cada tiempo del derecho que la Constitución creó»*, parece conveniente guiar la interpretación en función de la distinción básica inicial antes propuesta. Discerniendo así, por un lado, (a) el derecho como mínimo de dignidad que el juez controla y define en principio según su leal interpretación constitucional sistemática en un momento dado de la comunidad; y,

⁵⁶⁸ Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ob. Cit., pág. 71.

⁵⁶⁹ Es más preciso referir a la interpretación concomitante y relacionada de la ley y de la Constitución, en vez de mencionar al enjuiciamiento de la ley de acuerdo a la Constitución. Esto último parece presuponer una ley y una Constitución efectivamente interpretadas y lo cierto es que para determinar la norma resultante de una disposición legal es necesario tener en cuenta también la interpretación de disposiciones constitucionales.

⁵⁷⁰ Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ob. Cit., pág. 71. En similar sentido véase Luis PIETRO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 234 y 237.

por otro lado, (b) las cuestiones estrictamente «políticas» o de maximización de bienes, en las que el juez debe reconocer, de acuerdo a la corrección funcional trazada por las Cartas que aquí interesan, un considerable límite a su particular visión y una cierta deferencia a la solución legislativa.

En realidad, es cierto que en esta última materia el juez únicamente podrá ante soluciones legales claras considerar la tacha de arbitrariedad a efectos de postular o solicitar la inconstitucionalidad. Pero no es en lo absoluto reprochable que en función de suplencia necesaria imprima su propia interpretación incluso en términos de maximización, en supuestos de vacíos legislativos o allí donde la ley admite variantes interpretativas -en este caso limitado a ellas-, siempre que la postura sea forjada a partir de los textos constitucionales y con afán de coherencia bajo una única teoría debidamente fundamentada.

En definitiva, la representación metafórica⁵⁷¹ que se genera con la referencia a un «contenido esencial», no es otra cosa que la exigencia constitucional positiva de una interpretación de disposiciones de derechos teniendo en cuenta una idea basada en mínimos asociados a la noción de dignidad humana, que constituyen derechos oponibles incluso al legislador. Serían cartas de triunfo en los términos de DWORKIN⁵⁷², que en definitiva portarían los jueces, escindibles de las cuestiones «políticas», de maximización de bienes y de medios para asegurarlos, que reserva legal y proporcionalidad mediante compete definir al legislador. En estos casos se excluye también definitivamente la actuación administrativa y únicamente se admite la actividad jurisdiccional en casos de ausencia o vaguedad legislativa -de suplencia- o ante supuestos de legislación arbitraria, en estos últimos casos previa declaración de inconstitucionalidad de la ley⁵⁷³.

Por último, como con anterioridad indiqué, no existe una diferencia al final del camino entre una posición «coherentista» o «conflictivista», interna o externa, de delimitación o limitación sobre los derechos fundamentales. Las razones que llevan a preferir unas u otras de las variantes se afincan en la mayor o menor idoneidad para explicar los fenómenos en cuestión. En ese sentido, entiendo preferible la visión de la

⁵⁷¹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit. pág. 232.

⁵⁷² Ronald DWORKIN: *Los derechos en serio*. Ob. Cit., pág. 37 y 219.

⁵⁷³ Debe aquí reiterarse la importante salvedad de que el alcance de cada una de las funciones y de la reserva legal depende en cada caso de las concretas soluciones de Derecho positivo. Sin embargo, de todas formas se insiste en la generalización en tanto se trata de soluciones compatibles con la interpretación de los textos que suelen contener las Constituciones occidentales modernas y con la teoría normativa de las Constituciones predominante, idealmente democráticas, con un sistema de derechos fundamentales, control de constitucionalidad y separación de poderes.

delimitación, que permite acudir a categorías interpretativas conocidas -puntualmente a la sistematicidad y vocación de coherencia del ordenamiento- y evita partir de una innecesaria pretensión amplificadora para luego realizar «recortes». Permite, asimismo, con mayor simplicidad sacar provecho a la distinción entre «derechos» y «políticas», diferenciando así a los derechos en sentido fuerte del derecho que opera como correlativo del deber de los poderes públicos de maximizar con razonabilidad bienes constitucionales⁵⁷⁴ -de perseguir el bien común- en el marco de sus respectivas funciones jurídicas predominantes.

No existen necesariamente diferencias de tipo filosófico-político que deban resaltarse, como las que postulan ALEXY⁵⁷⁵ BOROWSKI y BERNAL PULIDO⁵⁷⁶, sino meramente un diferente momento de ejecución de una apreciación sistemática en el marco de un caso y ligada más o menos intensamente a la interpretación. Un posicionamiento en uno u otro sentido puede repercutir en una mejor o peor comprensión del problema de los límites funcionales del legislador y del juez, pero no los determina forzosamente.

4.1.3. Más sobre los límites. Proporcionalidad.

Analizado el sentido de la intangibilidad del «contenido esencial» de los derechos como límite material del legislador, resta centrarse en la proporcionalidad como límite que con generalidad también se reconoce en la intervención a través de la ley para el desarrollo de las cláusulas referentes a derechos de las secciones dogmáticas de las Constituciones⁵⁷⁷. No existe unanimidad sobre la autonomía o superposición de los criterios referidos, es verdaderamente complejo de resolver si éstos importan diferentes caminos pero dirigidos hacia un mismo lugar -más o menos escabrosos- o si verdaderamente conforman límites diferentes, en todo o en parte⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Depende de las soluciones de Derecho positivo si se confiere o no un derecho –usualmente denominado interés legítimo- de titularidad de los individuos en este sentido y la determinación de su alcance. En el sistema constitucional uruguayo efectivamente existe un derecho en tal sentido, encontrándose el afectado por la legislación arbitraria facultado para requerir la inconstitucionalidad de la ley o bien para accionar por responsabilidad del Estado.

⁵⁷⁵ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 241.

⁵⁷⁶ Véase Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., págs.464 y ss.

⁵⁷⁷ Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ob. Cit., pág. 67.

⁵⁷⁸ A favor de alguna forma de autonomía o de la importancia de la distinción, por otros, Luis PRIETO SANCHÍS: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 236 y 237. Luis PAREJO ALFONSO: “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981” en *REDC*, número 3, 1981,

Así, sin perjuicio de argumentar en minoría sobre la futilidad de la proporcionalidad como límite, por comprenderse en la noción de contenido esencial o bien por coincidir con la ejecución de un test de igualdad constitucionalmente preceptivo en España, JIMÉNEZ CAMPO confiesa finalmente no tener seguridad sobre la autonomía de los criterios⁵⁷⁹.

Por su parte, en la «Teoría de los derechos fundamentales» de ALEXY se identifican las transgresiones al contenido esencial como una actuación necesariamente desproporcionada, afirmando por lo tanto la comprensión del criterio del contenido esencial en el principio de proporcionalidad⁵⁸⁰. Finalmente, también en relación a este punto, BERNAL PULIDO en determinados pasajes de su completísimo estudio parece proponer la ejecución de un test de proporcionalidad sobre una específica solución de legislación como criterio exclusivo y superador de apreciación desde la Constitución de medidas legislativas⁵⁸¹. Sin embargo, al pronunciarse específicamente sobre el punto, en una tesis que denomina de la «implicación», afirma que no existe una coincidencia plena entre ambas categorías, en la medida en que *«el principio de proporcionalidad implica al contenido esencial, pero el contenido esencial no presupone necesariamente al principio de proporcionalidad»*⁵⁸², predicando la identidad únicamente en los casos difíciles⁵⁸³.

Luego de exponer concretamente en qué consiste el criterio bajo estudio, se sostendrá que si bien es cierto que puede presentarse una concepción de la proporcionalidad como un criterio comprensivo del cuestionamiento sobre el contenido de un derecho en sentido fuerte -el denominado contenido esencial-, puede contribuir a perder de vista la distinción entre «derechos» y «políticas» y con ello a desdibujar el rol del legislador y del juez o del juez constitucional. Sin perjuicio de ello, debe también apuntarse que el examen referido no tiene lo suficientemente en cuenta la raíz interpretativa de la aplicación de las normas jurídicas. De cualquier manera, si se tienen presentes las objeciones que vienen de mencionarse y se ejecuta desde el prisma

págs. 169 y ss. Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 146 y ss., Ignacio DE OTTO: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Ob. Cit., págs. 125 y ss. Javier BARNÉS VÁZQUEZ: “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público 5. El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998, págs. 42 y ss. En contra, por muchos, Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 256 y ss.

⁵⁷⁹ Javier JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ob. Cit., pág. 67.

⁵⁸⁰ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 256 y ss.

⁵⁸¹ Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., pág. 492.

⁵⁸² IDEM, pág. 567.

⁵⁸³ IDEM, pág. 569.

referido la prueba de proporcionalidad, el muy asentado instrumento no tiene por qué descartarse⁵⁸⁴.

Para presentar el llamado «principio de proporcionalidad» es de utilidad antes conectarlo con la relacionada operación de ponderación que fuera antes desarrollada en esta tesis⁵⁸⁵. Las disposiciones constitucionales de derechos que son particularmente abiertas -no todas- expresan para determinados autores normas de principio, que por poseer una cualidad expansiva tienden a colisionar con otras y requieren de la ponderación o balance para determinar su «peso» específico en un caso concreto. Al determinarse la solución puntual de un caso se limita exclusivamente con dicho alcance uno de los principios en puja en beneficio del otro. Uno prevalece ante otro que cede⁵⁸⁶. Como he defendido, es preferible concebir la ponderación como interpretación sistemática y no como un mecanismo para dirimir conflictos normativos, pero no puedo soslayar que la formulación tradicional es la que viene de enunciarse.

Así, la ponderación procedería ante la colisión -*rectius*: tensión y delimitación- de principios constitucionales en lo que aquí concierne, en un nivel estrictamente de interpretación constitucional, mientras que la proporcionalidad es un criterio para apreciar la regularidad constitucional de medidas normativas que determinan la solución de un caso, que en tanto supone una interpretación de la disposiciones constitucionales abiertas, engloba la instancia de la ponderación o la «ley de la colisión».

La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán -notablemente desarrollada por ALEXY- sobre el principio de proporcionalidad, destaca su deconstrucción en tres pasos o sub-principios escalonados y de aplicación sucesiva⁵⁸⁷ una vez definido un fin legítimo de la medida, a saber:

(a) la idoneidad o adecuación como eficacia de la medida en relación al fin;

⁵⁸⁴ En el mismo sentido véase Manuel MEDINA GUERRERO: “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, en *Cuadernos de Derecho Público* 5. *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998, pág. 139.

⁵⁸⁵ Véase *ut supra*, capítulo III.3.1.2.b.

⁵⁸⁶ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 70 y 71.

⁵⁸⁷ Entiéndase por «escalonado» a la prelación de los pasos en el orden que seguidamente se indica de tal forma que la no superación del sub-principio de idoneidad torna innecesaria la ejecución del análisis de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto y la no superación del examen de necesidad –superado el de idoneidad- torna innecesario el análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el principio de proporcionalidad y sus sub-principios véase también, por muchos, además de la exhaustiva obra de BERNAL PULIDO aquí multicitada; Javier BARNÉS VÁZQUEZ: “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, en Ob. Cit., págs. 25 y 26; del mismo autor: “Carlos GUARIGLIA: *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*. Ob. Cit., pág. 273 y ss.; Manuel MEDINA GUERRERO: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 127 y ss.

(b) la necesidad o indispensabilidad como mandato de escoger el medio más benigno en relación con otros; y

(c) la proporcionalidad en sentido estricto⁵⁸⁸, que no es otra cosa que el mandato de ponderación y constituye -a diferencia de los otros que refieren a la apreciación de posibilidades fácticas- la instancia de «optimización» del «derecho» conforme las «posibilidades jurídicas»⁵⁸⁹. Así, la proporcionalidad *strictu sensu* es la ponderación entre normas -en la tesis que se describe del subtipo de los principios- consignadas en disposiciones abstractas, que resulta de la interpretación de estas últimas con afán de consistencia.

Los sub-principios de idoneidad y de necesidad pueden ser herramientas de utilidad para hilvanar adecuadamente una argumentación sobre la ausencia de arbitrariedad de la medida en cuestión en atención al medio escogido -léase la política escogida- para la consecución de un fin legítimo trazado. Pero se impone su ejecución con cautela y escasa intensidad en tanto, sin perjuicio del límite de la arbitrariedad mencionado, importan fundamentalmente opción política. La elección de los medios legislativos idóneos y necesarios implica una decisión que se ubica en el terreno de las «políticas», se trata así de una actividad confiada de regla al legislador, en la que el control jurisdiccional se justifica exclusivamente en el plano de la razonabilidad, como filtración de lo irrazonable o arbitrario, es decir, ante la evidencia o ausencia de duda sobre la carencia de idoneidad o de necesidad de la medida⁵⁹⁰.

La etapa del test conformada por los pasos que vienen de mencionarse es autónoma en relación con el criterio del contenido esencial, pues una norma legal puede resultar arbitraria por su carácter notorio de inidónea o innecesaria y no encontrarse en juego un derecho en sentido fuerte -el llamado contenido esencial- sino el bien por éste tutelado pero en función del mandato de maximización o incluso otros bienes o fines constitucionales.

Por su parte, la proporcionalidad en sentido estricto coincide con la ponderación⁵⁹¹, que según se ha sostenido, no es otra cosa que un procedimiento para atribuir significado a disposiciones constitucionales -en lo que aquí importa- en una

⁵⁸⁸ Véase más ampliamente Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., págs. 692 y ss.

⁵⁸⁹ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., págs. 91 y 92. También del mismo autor: *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Ob. Cit., pág. 78. Carlos BERNAL PULIDO: Ob. Cit., pág. 764.

⁵⁹⁰ Incluso BERNAL PULIDO plantea que ambos pasos deben ejecutarse para descartarse casos de carencia de idoneidad o necesidad evidentes. Carlos BERNAL PULIDO: págs. 734 y ss. y 758 y ss.

⁵⁹¹ Robert ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Ob. Cit., pág. 529.

tarea de interpretación sistemática y en atención a una perspectiva concreta determinada por la existencia de un caso. Los bienes a ponderar, en otras palabras, a determinar en virtud de una consideración proporcionada, son los constitucionalmente recogidos en disposiciones dotadas de considerable apertura, de modo que pese a su complejidad la raíz de la tarea es interpretativa.

Reconducido el problema a la interpretación de textos, debe apuntarse que el test de proporcionalidad está diseñado a efectos de juzgar la constitucionalidad de una determinada disposición infraconstitucional, pero ello supone su previa interpretación que, a su vez, exige una previa o concomitante interpretación de disposiciones constitucionales. De ello que se sigue que aplica cabalmente en supuestos de claridad en la interpretación de la ley -o del acto en cuestión si es otro-, pero que no modela adecuadamente con generalidad el cotejo ente actos si se tiene en cuenta el fenómeno de indeterminación legislativa.

Por otra parte, si se admite el desglose propuesto y su explicación, puede constatarse que los pasos de la idoneidad y la necesidad definitivamente no guardan relación con la garantía del contenido esencial, son herramientas para argumentar sobre la interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, en lo que refiere a la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación ello depende de los bienes en juego y del alcance que se le atribuya. Así, si se entiende por la ponderación un análisis de costo beneficio realizado hasta las últimas consecuencias por el juez sobre un escenario de pretensión expansiva de bienes, incluso en materia de derechos, pues no existirá relación alguna. Si por el contrario se realiza en estos últimos casos la armonización teniendo en cuenta el enfoque de mínimos, entonces no existirán diferencias entre proporcionalidad en sentido estricto y delimitación del contenido esencial del derecho.

La diferencia en definitiva, en lo que importa para esta tesis, consiste en pronunciarse acerca de si el magistrado al ponderar debe siempre cuestionarse sobre la mejor solución posible para el caso, o si en determinados casos de concurrencia legislativa precisa debe hacerlo en atención a la mínima configuración de un bien sin que se afecte la dignidad de la persona, incorporando a la balanza también al principio democrático.

En el capítulo final se analizará con mayor detenimiento la intensidad que debería adjudicarse a la deferencia del legislador y al control de los jueces de la legislación, añadiendo las alternativas interpretativas de las disposiciones de ambos rango como factor también determinante. Cabe por ahora indicar que es necesario

contar con una bisagra para establecer los respectivos límites del legislador y de los jueces, y es allí que la metáfora del contenido esencial, de mínimos, o la distinción *dworkiniana* entre derechos como cuestiones de principio y políticas -que desempeña la misma función- cobran especial sentido.

4.1.4. Una breve digresión final de dogmática uruguaya: el concepto de contenido esencial y la categoría de los derechos preexistentes y consagrados.

En el sistema constitucional uruguayo no existe referencia alguna a la noción de contenido esencial de los derechos, sin embargo, desde su elaboración por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA en forma prácticamente pacífica se ha admitido una interpretación del artículo 7 de la Carta⁵⁹² -iluminada por lo dispuesto también en el artículo 72⁵⁹³-, que distingue entre derechos constitucionales preexistentes y consagrados, que en buena medida funciona en forma equiparable. Los primeros serían ilimitables, en tanto connaturales al hombre; los segundos, considerados derechos de los habitantes a ser protegidos en el goce de los referidos «derechos» preexistentes⁵⁹⁴, serían limitables, aunque exclusivamente por ley y razones de interés general.

Siempre me ha parecido que la distinción cumple un importante papel, contribuyendo a la orientación en la dirección correcta, pero que no es precisa y da lugar a confusiones. No puede con el mismo sentido utilizarse el término «derecho» para referir a situaciones preexistentes a un sistema jurídico positivo y para referir a derechos consignados en el Derecho positivo con potencialidad efectiva de movilizar en su defensa el aparato estatal. En la medida en que los denominados derechos preexistentes son por definición anteriores al ordenamiento jurídico -le preexisten- no serían en su génesis susceptibles de invocación ante magistrados designados por normas de Derecho

⁵⁹² El artículo 7 de la Constitución uruguaya reza lo siguiente: «*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general*».

⁵⁹³ El artículo 72 de la Constitución uruguaya reza lo siguiente: «*La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno*».

⁵⁹⁴ Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit., págs. 219 y ss. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostuvo la distinción en su estudio de la Constitución de 1942, pero los artículos que sirvieron de base a su postura -artículos 7 y 72- se mantuvieron incambiados en su numeración y contenido en la vigente Constitución de 1967. Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., págs. 93 a 95, José KORZENIAK: Ob. Cit., págs. 324 y 331 a 333. Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., págs. 42 y ss. Del mismo autor véase también *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 464 y ss.

positivo, por definición también inexistentes. Se trata en realidad de derechos morales, bienes individuales enfocados hacia un deber ser sobre su positivización⁵⁹⁵. En otras palabras, serían bienes que el Derecho positivo debería -en un sentido moral- consignar, confiriéndoles así protección jurídica, erigiéndolos en derechos subjetivos exigibles por individuos dotados de potestad y facultados para ello.

Es posible, en la línea indicada, sostener que un derecho no es otra cosa que la protección jurídica conferida por una norma positiva para el goce de algún bien o interés objetivado, considerada desde la perspectiva o situación del sujeto que puede exigirla por resultar activamente comprendido por el ámbito de aplicación subjetivo. Una concepción de este tipo parece ser positivamente explicitada, precisamente, en el artículo 7 de la Constitución uruguaya. No tiene sentido, sin embargo, afirmar la existencia de un supuesto derecho a la protección en el goce de un derecho, sin esclarecer el sentido del término en sus diferentes acepciones, como viene de mencionarse. En la medida en que ambos recaen sobre un mismo objeto, solo que uno es la positivización del otro, la supuesta bifurcación entre la suerte del derecho llamado preexistente y el consagrado no se justifica.

En cualquier caso, la distinción referida ha operado en la dogmática más recibida como un límite constitucional al legislador, en un sentido similar al generado en virtud de la cláusula del contenido esencial de las Constituciones alemana y española⁵⁹⁶. En ocasiones se identifica a los derechos preexistentes como una representación abstracta y a los consagrados como manifestaciones concretas de aquellos⁵⁹⁷. Los ejemplos que suelen plantearse para iluminar el asunto refieren a la supresión absoluta del bien en cuestión, verbigracia, la eliminación de la posibilidad para ser propietario de cualquier bien, por oposición a las limitaciones que se puedan establecer sobre la propiedad de algún bien, que suponen supresión exclusivamente en un caso puntual. Así, se sostiene que lo primero se encontraría vedado por constituir una afectación del derecho

⁵⁹⁵ CASSINELLI MUÑOZ pese a mantener en libro de curso «Derecho Público» la distinción entre derechos preexistentes y consagrados, distingue atinadamente entre bienes humanos y su protección jurídica. Véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: “Protección en el goce de los bienes humanos fundamentales y acción de amparo”, en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2010, págs. 994 y ss.

⁵⁹⁶ Sobre el trazado de este paralelismo entre derechos preexistentes y contenido esencial véase Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., págs. 47 y siguientes.

⁵⁹⁷ CASSINELLI con buen tino refiere a los «derechos preexistentes» como mínimos. Véase Horacio CASSINELLI MUÑOZ: *Derecho Público*, Ob. Cit., pág. 93.

preexistente mientras que lo segundo sería admisible, bajo ciertas condiciones, en tanto afectación del derecho consagrado a la protección⁵⁹⁸.

En realidad, como se ha sostenido en esta investigación, la variación entre una perspectiva abstracta y concreta permite enriquecer los análisis y es en buena medida inevitable en tanto la casuística es concreta y la normativa relevante abstracta, pero no deja de ser una alteración de puntos de vista sobre una misma cosa. Delimitada una norma a partir de un texto en función de la consideración de una situación concreta, aunque no resulte visible, se postula a la vez que la categoría abstracta comprende dicho supuesto. Definido el análisis en función de situaciones concretas ello determina necesariamente la concepción abstracta de la norma en cuestión. Es evidente que una limitación con abstracción de un derecho formulado en iguales términos es en definitiva su supresión, pero ello es trivial, no significa que partiendo de una afectación concreta no pueda considerarse también afectada la esencia. No parece un camino acertado, por lo tanto, centrar en la abstracción o concreción la separación entre las categorías referidas.

Una teoría más adecuada y consistente con el reconocimiento constitucional de la existencia de bienes humanos considerados por la comunidad como inherentes a su naturaleza -con claridad expresado en el artículo 72 de la Constitución uruguaya-, cuyo avasallamiento inadmisiblemente la corrompe, sugiere reformular la tesis sobre la idea de mínimos. De manifestaciones elementales del bien -esenciales- que en ningún caso pueden vulnerarse en invocación del «interés general» mencionado en el artículo 7, pues éste concepto no puede sino interpretarse sistemáticamente y ello conduce a excluir de su seno las medidas que determinen violaciones de bienes humanos básicos -reconocidos por el artículo 72-. Una interpretación de las «razones de interés general» en clave utilitarista resulta disonante en el contexto constitucional, no puede sensatamente derivarse de la Constitución uruguaya un designio de destrucción de la naturaleza humana individual -cualquiera sea ésta- sino todo lo contrario. Así, el «interés general» desde una teoría de la Constitución uruguaya consistente podría definirse como la maximización u optimización de los bienes constitucionales todos, sin el sacrificio de los bienes individuales en sus concepciones básicas o mínimas -de los derechos en sentido fuerte o estricto- en tanto componentes de la dignidad humana.

⁵⁹⁸ Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., págs. 45 y 46.

Más allá de las carencias referidas en la formulación de la tesis bipartita de los derechos en la Constitución uruguaya, lo cierto que subyace la idea de que existen límites constitucionales materiales al legislador arraigados en la noción de dignidad humana. Además de los derechos subjetivos perfectos contra el legislador que expresa y específicamente se demarquen en la Carta en beneficio de determinados sujetos, pues es evidente que ante un texto constitucional claro por razones de jerarquía normativa no es admisible la intervención legislativa en sentido contrario -v.gr. el artículo 8, 17 o 26 de la Constitución-⁵⁹⁹; en tanto bienes mínimos justificables como inherentes a la naturaleza humana, también se consagran otros con el mismo alcance absoluto, por la vía de una interpretación coordinada de los artículos 7 y 72.

Así, las razones de interés general no serían un límite material para la restricción de derechos en sentido fuerte -por definición mínimos infranqueables- sino una exigencia de razonabilidad en el relegamiento legislativo de bienes en sus manifestaciones puntuales no elementales con propósito de su maximización conjunta.

No es necesario demasiado esfuerzo para ajustar la doctrina tradicional de tal forma que resulte más precisa y a la vez coincidente en sustancia con la tesis del «contenido esencial», incluso partiendo de las mismas disposiciones constitucionales que le sirven de base.

Capítulo aparte merece el análisis de los parámetros para determinar cómo debe jurisdiccionalmente apreciarse y concretizarse la «inherencia a la personalidad humana»⁶⁰⁰. Aparte del apoyo que en mayor o menor medida en cada caso confiera el contexto normativo para su concreción, podrían éstos consistir en una verificación del contenido atribuible al concepto en la concepción de la comunidad -presente o pasada,

⁵⁹⁹ Así, en un caso como el del artículo 26 de la Constitución uruguaya, que prohíbe la aplicación de la pena de muerte, es incuestionable que no podría un acto legislativo disponer como sanción de determinados delitos a la pena capital.

⁶⁰⁰ No cabe aquí extenderse en el punto, pero es sugestiva la posición del CAJARVILLE PELUFFO que plantea atender a los tratados internacionales para identificar una concepción de la «inherencia a la personalidad humana». Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Reflexiones sobre los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, Ob. Cit., pág. 476. Mucho podría discutirse sobre la extensión del planteo referido hacia la comunidad internacional de forma más intensa, admitiendo así los jueces nacionales a la costumbre internacional para dotar de contenido al concepto. En sistemas que reconocen una jurisdicción regional o internacional ello tiene sentido por razones pragmáticas. Ahora bien, en términos estrictamente normativos el problema es verdaderamente complejo. No es descabellado que si lo que se cuestiona son mínimos del ser humano como tal se considere a la humanidad en su totalidad, sin embargo, ante un panorama de desacuerdos genuinos y razonables sobre la delimitación de los derechos, razones democráticas sugieren centrar la atención en la comunidad doméstica, cuya deliberación es más controlable y significativa.

según la tesis que se asuma de la incidencia del tiempo en la interpretación-⁶⁰¹ o, incluso, eventualmente atendiendo a identificar una concepción de la comunidad internacional, pero no cabe en esta oportunidad extenderse sobre el punto. Es suficiente con demostrar aquí el paralelismo con la noción de contenido esencial, reivindicándose como norte la noción de mínimos y de maximización de bienes -de derechos y de políticas-, que genera espacios de competencia jurisdiccional necesaria e intensa de control y espacios de competencia primordialmente legislativa con el límite de la arbitrariedad.

⁶⁰¹ Véase al respecto Diego GAMARRA ANTES: “Interpretación de enunciados constitucionales uruguayos y mutaciones en sentido débil”, Ob. Cit.

CAPÍTULO V

COTEJO JURISDICCIONAL DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGISLATIVAS RELEVANTES PARA LA SOLUCIÓN DE UN CASO

1. Introducción

En este capítulo final se propone partir de las posiciones justificadas y asumidas previamente y de las conclusiones parciales arribadas para presentar los primeros trazos de un modelo de interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legales relevantes, adecuado conforme una teoría que entiendo consistente de las Constituciones contemporáneas que incluyen disposiciones abiertas, fundamentalmente de derechos de los individuos jurisdiccionalmente exigibles.

En buena medida en la línea del aporte de BÖCKENFORDE se considera a tales efectos la utilidad de partir de una teoría de la Constitución, asumiendo la tensión democrática y la corrección funcional de los poderes públicos -plantada por HESSE-, la distinción entre cuestiones de derechos y de políticas -en desarrollo de las ideas de DWORKIN-, y considerando un cruzamiento de estos aspectos con los estrictamente interpretativos, que pueden determinar en la materia soluciones de interpretación alternativas y razonables de un mismo texto constitucional, legal o de ambos.

Para la solución de un caso sometido a su consideración los jueces deben ante todo precisar el Derecho positivo aplicable y delimitar su alcance. En un proceso más o menos complejo es necesario identificar las disposiciones preliminarmente relevantes para luego afinar la pesquisa mediante una tarea de atribución de significado del texto con pretensión global de consistencia. Así, sobre la mesa puede presentarse más de una disposición que se aprecia como relevante, de igual o diferente rango normativo, emitidas mediante actos perfeccionados o no en un mismo momento, más o menos generales o especiales y, a su vez, eventualmente más de una interpretación atendible de alguna o de todas ellas.

Para poder cuestionarse sobre la existencia de conflictos normativos y en su caso aplicar los criterios que se reconocen o consignan para su resolución, conforme los procedimientos y exigencias que en cada ordenamiento jurídico se establezcan, es necesario partir de normas definidas, que en sistemas que reconocen fuentes formales

no son otra cosa que el resultado de la interpretación de textos oficialmente promulgados.

La mira se deposita aquí en la interpretación de disposiciones de diferente valor y fuerza, de fuente constitucional y legal, que se consideran en principio como relevantes, y que componen el material a tallar para la precisión del alcance de cada una de ellas, con un grado de concreción tal que determine la solución del caso en cuestión.

La relación de superior jerarquía normativa de las disposiciones referidas sugiere, en principio, una incidencia de la interpretación en tal sentido y no a la inversa, una interpretación -de la ley- conforme a la Constitución o desde ella y no en la dirección contraria. Sin embargo, si a partir de una interpretación de la Constitución se confecciona una teoría de la Constitución «como marco»⁶⁰² -aunque sea moderada- o, mejor aún, como «mínimos», que admite considerable discrecionalidad del legislador para el desarrollo de sus contenidos, lo cierto es que la disposición legislativa debe tenerse en cuenta para eficazmente pronunciarse sobre su adecuada enmarcación Constitucional.

Aunque sirve como aproximación inicial, no es del todo preciso llegar a sugerir una interpretación de la Constitución conforme a la ley, como plantean HESSE⁶⁰³ y ALONSO⁶⁰⁴, en la medida en que la referencia inicial es siempre la Constitución, una teoría sobre ella que se elabora mediante la interpretación de sus enunciados. Es ésta la que eventualmente determina la discrecionalidad del legislador dentro de ciertos parámetros y que conduce a que la solución legislativa pueda de cierta forma incidir en la determinación -interpretación- de la Constitución en ciertos casos.

En el excelente libro de FERRERES COMELLA sobre justicia constitucional y democracia se estructura un análisis parcialmente coincidente en su objeto con el que aquí se plantea. Allí se propone partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes como insignia de la dignidad democrática de la ley, analizando su intensidad y los casos en los que la misma debería ceder⁶⁰⁵. No obstante los puntos de contacto, de su valioso aporte y de la indudable influencia del trabajo del referido autor, aquí se defenderá la inconveniencia de partir de la noción de presunción de constitucionalidad

⁶⁰² Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., págs. 40 y 41.

⁶⁰³ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 54

⁶⁰⁴ Enrique ALONSO GARCÍA: Ob. Cit., pág. 500.

⁶⁰⁵ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 197 y ss.

de las leyes, aunque no es más que una cuestión de perspectivas, depositando el foco más intensamente en la tarea interpretativa que en el tratamiento de la incompatibilidad.

Asimismo, no se destinarán esfuerzos a precisar la intensidad de la deferencia al legislador, en definitiva del principio democrático, según contenidos específicos de la ley -más allá de demarcar el criterio básico de discernimiento entre «derechos» y «políticas»- o según las características de la tramitación de su procedimiento de elaboración y del tiempo. Es cierto que el principio democrático -no la presunción de constitucionalidad- admite una gradación según estas últimas circunstancias. En este punto las conclusiones arribadas por FERRERES COMELLA son en general compatibles. Los aportes también son notables en lo que refiere a la materia, sin embargo, entiendo preferible partir de la división más elemental propuesta.

Así, además de proponerse asumir una postura dogmática difícilmente cuestionable de racionalización y consistencia en la interpretación de los materiales jurídicos como encuadramiento, aquí se insistirá en el corte material binario referido, entre derechos en sentido fuerte como mínimos de dignidad humana y políticas como maximización de bienes. A esos efectos, como se adelantó, se considerarán escenarios de interpretaciones razonables posibles de las disposiciones constitucionales, legislativas o de ambas categorías.

2. Una teoría de la Constitución como prisma.

No obstante no puede asegurarse la coherencia de los sistemas normativos, se ha insistido en la conveniencia, a veces recogida en el Derecho positivo y siempre presupuesta, de imprimir en su aplicación -al interpretar o al dirimir conflictos de acuerdo a determinados criterios- tal perspectiva como ideal⁶⁰⁶. Ello se impone si se acepta elementalmente la ventaja de un sistema que se opere en forma racional e igualitaria.

A su vez, en un sistema escalonado de fuentes formales reconocidas y de Constitución rígida, la consistencia se determina en el sentido de la jerarquía normativa y es fundamentalmente pauta desde la Constitución. Así, una interpretación de la Constitución en su conjunto, esto es, de la totalidad de sus disposiciones en forma

⁶⁰⁶ Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ob. Cit., pág. 102; Rafael DE ASIS ROIG: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Ob. Cit., pág. 28.

sistemática, es imperiosa para confeccionar una teoría⁶⁰⁷ que alumbre inicialmente la interpretación de disposiciones puntuales de la propia Carta y también las disposiciones de otras fuentes infra-constitucionales. Una cierta predisposición determinada por el conocimiento de la materia, resultado de interpretaciones anteriores, es inevitable para el intérprete avezado que luego interpreta con propósitos específicos uno o varios enunciados normativos.

La previa interpretación de toda la Constitución, que arroja una teoría constitucional, resulta imprescindible como prisma para la adecuada interpretación de piezas individualizadas del ordenamiento. La teoría así confeccionada opera como una simplificación de la interpretación constitucional sistemática en todos los casos, aunque luego sea necesario pulirla o corregirla al abocarse puntualmente a la atribución de sentido de una disposición. En lo que más significativamente aquí interesa, la teoría de la Constitución en cuestión debe también referir a un determinado modelo sobre el papel de la ley en el ordenamiento y del ejercicio de la jurisdicción, de sus límites constitucionales y, en conexión con ello, de la «corrección funcional»⁶⁰⁸. En otras palabras, debe precisarse quiénes son los destinatarios de los preceptos constitucionales y, especialmente en lo que refiere a los poderes públicos, el alcance con el que se los vincula, modelándose así los límites de sus respectivas funciones que condicionan el peso de la interpretación constitucional efectuada por cada uno de ellos.

Concretamente en atención a las Constituciones a las que refiere este estudio, rígidas, abstractas, materiales -en cuanto refieren a derechos de los individuos- y justiciables, entiendo ajustada la teoría delineada en el Capítulo IV sobre la discrecionalidad legislativa y sus límites, que constituyen a la vez los de los órganos jurisdiccionales en su apreciación. Su base es la armonización de una exigencia de mínimos ligados a la dignidad humana, indisponibles para el legislador por mandato constitucional y de protección última confiada al control jurisdiccional; y del ideal de autogobierno, ordinariamente reflejado de manera bastante fiel por la actuación de un parlamento democrático conformado por miembros elegidos libremente y periódicamente por sufragio universal. Se pretende, por tanto, partir de un equilibrio

⁶⁰⁷ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 38.

⁶⁰⁸ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 47.

entre los motores coexistentes del constitucionalismo contemporáneo -derechos fundamentales y democracia-, que tenga en cuenta los aspectos institucionales⁶⁰⁹.

Así, bajo la teoría referida como prisma, la interpretación jurisdiccional de las disposiciones constitucionales y legales relevantes para la solución de un caso, debe efectuarse obviamente descartando interpretaciones arbitrarias, con vocación de consistencia y, en lo pertinente, estructurando la justificación de la solución en función de la distinción entre mínimos de dignidad -en los que la última palabra, incluso en un sentido material, la tiene el juez- y supuestos de maximización política de bienes. En este caso la regla es la discrecionalidad legislativa y, solo eventualmente, la relativa suplencia jurisdiccional ante indeterminación del texto legal. Dependiendo de las características de las disposiciones en cuestión, de su mayor o menor precisión o, lo que es lo mismo, respectivamente de sus menores y mayores posibilidades interpretativas, el criterio básico referido determinará en consideración del caso un supuesto de compatibilidad de la norma legislativa con la constitucional o no.

3. Introducción a los casos de «indeterminación» de la Constitución, de la ley o de ambas.

Reconozco que no es más que una sutileza y, es más, quizás sea tan solo una cuestión de percepción, pero la concepción de la interpretación de la ley conforme a la Constitución considerada como un aspecto del juicio de constitucionalidad de la ley, con un propósito de conservación en dicho marco, parece distraer la atención de su naturaleza ante todo interpretativa, de atribución de sentido a textos. Las disposiciones constitucionales y legales constituyen materiales jurídicos que deben interpretarse consistentemente por todo magistrado, para derivar de ellas la norma finalmente aplicable, resolución de conflicto mediante o no, que confiere solución a un caso conocido de antemano.

Insisto, no es equivocada la tesis, no se propone algo en sustancia distinto, pero vale lo indicado como una cuestión de énfasis. Parece más enriquecedor desde el comienzo proponer un enfoque interpretativo concreto, asumiendo la búsqueda de

⁶⁰⁹ Sobre el acogimiento de estos postulados en las Constituciones contemporáneas, véanse los casos de los ordenamientos jurídicos que se han tomado con generalidad en la tesis como muestra. Así, la defensa de mínimos de dignidad como reducto exento de la política legislativa se recoge en los artículos 10.1 y 53.1 de la Constitución española o, bajo otra formulación, en los artículos 7, 10, 85, 72 y 332 de la Constitución uruguaya -según, sin excepción, éstos se han interpretado por la doctrina uruguaya-.

compatibilidad como algo connatural a la interpretación sistémica, en lugar de presentar el asunto como una medida de salvamento más o menos forzado de la ley.

Al analizarse la interpretación de la ley conforme o «desde» la Constitución, con acierto se indica que es necesaria una interpretación previa de esta última⁶¹⁰ y que la supremacía normativa traza una influencia en el sentido referido, de la Constitución a la ley. Sin embargo, en el entendido de que es necesario despejar la consideración de los pasos como compartimentos estancos o incomunicados por imperio de la propia Constitución -sin alteración por tanto de la jerarquía-, la escisión no debe contribuir a perder de vista la complejidad del fenómeno, el particular relacionamiento entre Constitución -y su interpretación- y ley -y su interpretación- determinado por el propio diseño funcional.

Para dar respuesta a un caso en el que preliminarmente se presentan disposiciones constitucionales y legales como relevantes, es preciso interpretar ambas teniendo en cuenta el manejo de las alternativas interpretativas de cada uno de los textos. Asimismo, la tarea debe guiarse por la pretensión de sistematicidad dirigida en el sentido de la jerarquía. No obstante ello, es cierto que desde la propia Constitución se reconoce cierta dignidad de la ley -en puridad un ámbito considerable de discrecionalidad legislativa-, emulándose así una suerte de incidencia de la ley en la interpretación de disposiciones constitucionales en determinados casos⁶¹¹.

Debe insistirse en que no se presenta estrictamente en dichos supuestos una interpretación de la Constitución conforme la ley, como propone HESSE⁶¹², que en dichos términos efectivamente revolucionaría la jerarquía normativa. La deferencia a la ley y su eventual reconocimiento como criterio para dirimir dudas interpretativas de la Constitución, de admitirse su existencia, no sería otra cosa que un mandato Constitucional. Es algo más elocuente referir a la influencia referida como una cierta bilateralidad de ajuste, en la línea propuesta por BALAGUER CALLEJÓN⁶¹³. Sin embargo,

⁶¹⁰ Véanse, entre otros, Martín RISSO FERRAND: *Derecho constitucional*, Ob. Cit., págs. 243, 244 y 252 y Germán BIDART CAMPOS: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ob. Cit., pág. 388; Virgílio AFONSO DA SILVA: “Interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 12, enero-junio, México, 2005, pág. 4. Raúl CANOSA USERA: “Interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, en Ob. Cit., pág. 41.

⁶¹¹ FERRERES COMELLA a partir de la noción básica de dignidad democrática de la ley plantea su doble incidencia, en el plano de la interpretación de la ley y también en el de la Constitución. Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., págs. 37 y ss. y 131. Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 54.

⁶¹² IDEM

⁶¹³ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Ob. Cit., pág. 112.

aun admitiendo tal reciprocidad, que tampoco es exacta desde que en rigor es el resultado de una construcción íntegramente constitucional, debe de todas formas definirse cómo opera la adecuación y con qué límites en los diferentes supuestos.

Estos problemas de relacionamiento entre Constitución y ley se generarán ante escenarios de indeterminación o apertura de al menos algunas de las disposiciones en juego, es por eso importante analizarlos y a ello se destinarán los capítulos siguientes. Los casos en los que no se presentan dudas interpretativas, aquellos que involucran normas concretas y formuladas con precisión, no requieren mayor detenimiento, pues su interpretación determina con facilidad las formas de compatibilidad o incompatibilidad entre las normas constitucionales y legales.

Las dificultades destacadas en los capítulos III y IV relacionadas con la apertura aflorarán aquí nuevamente. Sin dudas el escenario más escabroso es el que incluye una indeterminación de la Constitución y ella resulta frecuente ante la formulación de normas constitucionales sobre derechos que, como se adelantó, son por lo general «abiertas».

4. Indeterminación de la ley o de Constitución y ley: la interpretación de la ley conforme a la Constitución.

Un cierto grado de indeterminación de la ley, esto es, la existencia de un texto aprobado mediante un acto legislativo cuyo significado no sea de atribución realmente evidente, es condición necesaria para que proceda un estudio detenido y deliberado de la incidencia de la Constitución para su adecuada interpretación⁶¹⁴. Delimitada con claridad la norma legal en cuestión, principalmente en supuestos de significado incontrovertible de las palabras que componen su enunciación, más allá de una remota y subyacente incidencia como preconcepción, no existe necesidad ni margen para que desde la sistematicidad de la práctica se acuda a un análisis específico de disposiciones constitucionales para contribuir a su definición.

⁶¹⁴ La división estricta en etapas o pasos para la interpretación es en gran medida cuestionable, más aún lo es una vez superados los primeros contactos con la interpretación de un ordenamiento jurídico o de una sección del mismo. Al abordarse un texto a efectos de comprenderlo, si bien el significado de los vocablos es lo más inmediatamente perceptible, no puede prescindirse del previo conocimiento del sistema. Parece ser la dificultad o no de la tarea la que determina la necesidad de fraccionar y deliberadamente transitar con detenimiento por etapas para la atribución adecuada de significado a un enunciado.

Si bien no es compartible la máxima «*in claris non fit interpretatio*», como se ha defendido (*ut supra* III), pues para determinar supuestos de claridad es imperioso enfrentarse a un texto con intención de atribuir un significado -de comprenderlo- y eso a mi juicio es ya interpretar, es cierto que pueden existir supuestos de evidencia. Atribuciones de significado prácticamente automáticas, que no resultan cuestionables ni merecedoras de mayores desarrollos justificativos del resultado de la operación.

Fuera de esos casos es que verdaderamente cobra sentido analizar la relevancia de la incidencia de la Constitución en la tarea interpretativa de las disposiciones legales, en un esquema de inclusión en el estudio contextual o, con diferente orden pero idéntico resultado, de selección de soluciones alineadas o bien de las más alineadas con la Carta, respectivamente en supuestos de una única interpretación ajustada a la Constitución o de más de una solución razonablemente ajustada⁶¹⁵.

4.1. Interpretación de la ley conforme a la Constitución.

Aunque pueda resultar una obviedad, en la medida en que en ocasiones se circunscribe la temática en el estudio de los «principios de interpretación constitucional»⁶¹⁶, no está de más comenzar por una tautología, la interpretación de la ley conforme a la Constitución es un criterio de interpretación de la ley. Aunque requiere inexorablemente de una interpretación de la Constitución como soporte no es esta última su objeto sino su punto de referencia.

La raíz del criterio es ubicada por BIDART CAMPOS en Estados Unidos en el siglo XIX, concretamente en su formulación por parte del juez Thomas COOLEY⁶¹⁷, aunque su desarrollo reciente y su estudio dogmático parece deberse a la instauración de una jurisdicción constitucional -de un Tribunal Constitucional- en la Ley Fundamental de Bonn⁶¹⁸. Efectivamente en ambos casos, independientemente del sistema, es bajo el control de constitucionalidad de actos legislativos que se presenta a la interpretación

⁶¹⁵ En el mismo sentido véase Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS: *La argumentación en la justicia constitucional española*, Ob. Cit., pág. 106.

⁶¹⁶ Así también lo apunta AFONSO DA SILVA. Véase Virgílio AFONSO DA SILVA: “Interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en Ob. Cit. pág 4.

⁶¹⁷ Germán BIDART CAMPOS: Ob. Cit., pág. 389. También refiere al origen norteamericano Carlos GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Ob. Cit., pág. 175.

⁶¹⁸ Además de lo indicado, HESSE resalta la pertenencia del principio al acervo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 50. También RISSO FERRAND destaca los aportes en la materia del Tribunal Constitucional Alemán. Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 244 y 245.

conforme a la Constitución -considerada un principio, en el sentido de máxima de aplicación del Derecho, por prestigiosa doctrina⁶¹⁹-, como un mandato de no proceder a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa si admite ser interpretada en consonancia con la Constitución⁶²⁰.

Sin embargo, más allá de su utilización con finalidad de conservación de la norma en sus orígenes, entiendo que conceptualmente es más adecuado definir a la interpretación conforme a la Constitución con mayor amplitud. No sólo porque es posible que exista más de una alternativa interpretativa que no se considere incompatible con la Constitución y ello reclama atención, sino porque la interpretación conforme se explica mejor resaltando el propósito más elemental de determinar el sentido de la norma y no el corolario de desechar opciones en contextos de posible conflicto.

Así, no parece conveniente adoptar la distinción entre «interpretación con base en la Constitución» e «interpretación conforme con la Constitución» que propone FIGUEROA. Entendiendo por la primera la que resulta de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y que debe ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del Derecho; y por la segunda un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional⁶²¹ no es declarada nula o desaplicada al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución⁶²². Pese a que el origen de la categoría coincide con el uso que en lo sustancial el referido autor plantea, su mantenimiento con tal alcance no tiene sentido una vez que se demuestra que no se existe una diferencia conceptual con la otra

⁶¹⁹ Por muchos, Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 50; J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional e Teoria da Constituicao*, Ob. Cit., págs. 1226 y 1227; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., pág. 354; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., págs. 101 y siguientes; GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Ob. Cit., pág. 173 y ss. La polisemia de la voz «principio» denunciada en el Capítulo III, desaconseja su empleo en este caso. Es necesario aclarar el sentido en el que dicho término se emplea para un adecuado control de su alcance y ello en vez de facilitar las explicaciones añade aquí complejidad.

⁶²⁰ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 50.

⁶²¹ Estrictamente no se trata de que una «norma» sea parcialmente inconstitucional, sino de preferencia por alternativas interpretativas de una «disposición» ajustadas a la Constitución -desechando las razonables pero inconsistentes con ella- en el marco de un juicio de constitucionalidad. Si es «posible» que un enunciado sea interpretado de acuerdo a la Constitución entonces lo es en su totalidad o no lo es. Si es necesario restringir el alcance o contenido normativo de una norma con un alcance definido de acuerdo a una interpretación adecuada, entonces la tarea no será puramente interpretativa y resulta impreciso así denominarla. Es precisamente ello lo que sucede en las sentencias reductoras. Más adelante se insistirá algo más en el desarrollo de estos problemas.

⁶²² Giovanni FIGUEROA: *Sentencias atípicas. Teoría general. Derecho Comparado. Especial análisis de las sentencias recaídas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano*, Ob. Cit., pág. 81.

alternativa propuesta sino meramente un matiz, poco justificado, ligado a la competencia de los órganos involucrados.

En cualquier caso, el afán de conservación de la norma es una consecuencia inevitable de realizar una interpretación de un enunciado legal desde la Constitución, siendo esto último lo verdaderamente relevante y lo otro simplemente una caracterización específica de algunos de los efectos de su ejecución según el órgano jurisdiccional competente.

La interpretación conforme a las normas de superior jerarquía o, lo que es lo mismo, la relevancia de las normas de mayor valor y fuerza en la interpretación de las disposiciones contenidas en actos de menor rango, es una nota del método sistemático de interpretación. Su fundamento radica en la unidad, la jerarquía, en la eficacia constitucional y en la coherencia como ideal regulativo, en tanto notas reconocidas o establecidas en los ordenamientos. De ello se sigue que en los sistemas jurídicos de fuentes formales y de Constitución rígida, la interpretación de todas sus disposiciones se ve en forma más o menos inmediata influenciada por las normas constitucionales⁶²³. Tan es así que CANOSA ha sostenido que la sistematicidad debe ser entendida en estos casos como «sistematicidad constitucional»⁶²⁴.

En la misma línea sostiene con precisión GARCÍA DE ENTERRÍA lo siguiente:

«Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la Justicia Constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante»⁶²⁵.

⁶²³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 108.

⁶²⁴ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., pág. 100.

⁶²⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 103.

La interpretación de la ley conforme a la Constitución es entonces una especie del género de la interpretación sistemática como método o criterio⁶²⁶ y una manifestación de la unidad y, por tanto, de la pretensión de coherencia del ordenamiento jurídico en la fase interpretativa. La coherencia como nota regulativa es esencial al Derecho y se condice con la noción misma de ordenamiento⁶²⁷. Si bien no puede asegurarse la inexistencia de contradicciones -más bien lo contrario- y es por ello que no puede predicarse como una propiedad intrínseca, puede sí asegurarse a la coherencia un papel como ideal de racionalidad operativa, por reconocimiento como presupuesto o consagración expresa. Su propósito es evitar que se esgriman conflictos donde no necesariamente los hay, al momento de la interpretación, y proporcionar una solución ante conflictos cuando ellos efectivamente se generan, una vez interpretadas adecuadamente las disposiciones en juego.

En otras palabras, la interpretación conforme a la Constitución de la ley consiste en algo difícilmente cuestionable, que existiendo cierto margen por la indeterminación del enunciado legislativo, se acuda para su precisión a la solución que mejor se justifique bajo el sistema, en última instancia, bajo la Constitución, de acuerdo a una teoría consistente a su respecto⁶²⁸.

AFONSO DA SILVA cuestiona a la unidad constitucional como fundamento del criterio y argumenta para sostenerlo que el mismo objetivo se obtiene también en el extremo del conflicto, acudiendo a los criterios tradicionales para dirimir antinomias, precisamente restableciendo así la coherencia y con ella preservando la unidad⁶²⁹. Entiendo, sin embargo, que su crítica no es de recibo. Es cierto que el recurso a mecanismos de solución de contradicciones se funda también en la unidad del ordenamiento, pero no lo es menos que, si se atiende al fenómeno de la interpretación para la determinación de las normas, la unidad despliega efectos en dicha etapa. No para evitar conflictos mediante maniobras forzadas sino para atribuir el significado más justificado posible a los enunciados normativos estudiados, con base necesaria en el conjunto interrelacionado de materiales jurídicos, es decir, en la unidad, en la idea de ordenamiento o de sistematicidad.

⁶²⁶ En el mismo sentido Rafael DE ASIS ROIG: Ob. Cit., pág. 206; Carlos GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Ob. Cit., pág. 173 y 174.

⁶²⁷ Rafael DE ASIS ROIG: Ob. Cit. pág. 28.

⁶²⁸ En similar sentido véase Konrad HESSE: Ob. Cit. págs. 50 y 51. Javier JIMÉNEZ CAMPO: "Interpretación conforme a la Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3681.

⁶²⁹ Virgílio AFONSO DA SILVA: "Interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial", en Ob. Cit., pág. 9.

No se trata de eliminar una incoherencia, sino, más exactamente, de no buscarla. Es probable que la crítica referida u otras similares encierren un prejuicio de visualización de la «interpretación conforme» como un esfuerzo por lograr que un texto se encaje a presión en los parámetros constitucionales. Así conceptualizada la categoría resulta también censurable. La referida hipótesis patológica conlleva una minusvalía inadmisibles del principio democrático, pues se agreda la obra legislativa dotada de especial dignidad y de una manera encubierta, se socaban las relaciones funcionales constitucionalmente consignadas.

Sin embargo, incluso en el enfoque de conservación y descarte de alternativas incompatibles no se sostiene semejante postura, con acierto el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que no puede con el pretexto de la «interpretación conforme» darle un sentido diferente a una ley cuando su tenor literal y finalidad resultan evidentes⁶³⁰. Podría adicionarse la evidencia en la interpretación contextual sectorial, en el plano más específico de la ley o de la sección de disposiciones en la que se inserta el enunciado objetivo, como límite a la influencia constitucional.

El presupuesto para que proceda la interpretación desde la Constitución, vale insistir, consiste en la coexistencia de soluciones interpretativas razonables atribuibles como significado de una disposición legal, de modo que es necesario relacionar la inserción de esta pauta con los criterios tradicionales y positivamente consignados de interpretación de la ley. Debe descartarse su aplicación en supuestos de evidencia o de interpretación sencilla, cualquiera sea el recurso predominante que la ponga de manifiesto. Más adelante en este capítulo se analizará más detenidamente cómo juega la interpretación conforme a la Constitución en armonía con el método legal de interpretación de las leyes, cabe igualmente anticipar el rechazo de las alternativas que suponen verdaderos esfuerzos de compatibilización. Se evitan de esa forma falseamientos y que una actuación de la relevancia funcional de la desatención de lo dispuesto en una norma legal sea explícita, sinceramente fundada y, en caso de jurisdicción constitucional concentrada, ejecutada exclusivamente por los órganos competentes a tales efectos.

Dicho esto, deben cuestionarse algunas de las características y de las relaciones que suelen atribuirse, con finalidad fundamentalmente pragmática y estratégica, a la interpretación conforme a la Constitución, a saber, respectivamente, (a) un exagerado

⁶³⁰ Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 244.

perfil conservacionista y, en relación con ello, (b) la aparente conexión -como se verá, tan solo aparente y en todo caso parcial- con la presunción de constitucionalidad de las leyes⁶³¹ o, más precisamente, con algunas de sus versiones.

La «interpretación conforme» pensada por su propósito de conservación, en consideración del *horror vacui* y basada en razones de seguridad jurídica, debe considerarse eventualmente una ventaja asociada de la interpretación correcta de la ley, esto es, de la opción por la solución interpretativa más convincente por justificarse bajo los criterios tradicionales y por su alineación sistémica. Sólo es admisible dentro de esos límites, como un reflejo o consecuencia de la interpretación sistemática tomada en serio. El temor a generar vacíos normativos que, por cierto, muchas veces por quedar aseQUIblemente definida la solución resultante no es justificado, no puede operar como un móvil para realizar interpretaciones legales forzadas.

La indeterminación de una disposición es la que trae consigo un potencial problema de seguridad jurídica, su erradicación remite a la consideración de la solución resultante tras la anulación o desaplicación, que puede o no ser problemática. Si la solución resultante inmediatamente tras la eventual anulación o desaplicación es también inconstitucional, así podría relevarlo el juez de oficio, determinando finalmente el Derecho ajustado a la Constitución. Se contribuye igualmente a eliminar la inseguridad especificando el sentido o los sentidos en los que debe interpretarse imperiosamente una disposición dotada de cierta indeterminación o bien, en un supuesto de inconstitucionalidad, indicando el alcance del Derecho que devendrá aplicable y que resulta ajustado a la Constitución.

No es cierto, por tanto, que el *horror vacui* pueda esgrimirse, sin más, para preferir a la interpretación conforme sobre la inconstitucionalidad desde una mirada estratégica. Ante la indeterminación de alguna forma debe existir determinación jurisdiccional y en ambos supuestos pueden idearse mecanismos para obtenerla, erradicada o no la disposición cuestionada, la norma que ella expresa o parte de ella. La conservación de la norma es el resultado de una interpretación conforme a la Constitución, no su causa. Es cierto que ante un par de alternativas razonables de interpretación de una disposición legal, de acuerdo a una consideración integral de la

⁶³¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 102. Apunta CAJARVILLE PELUFFO que en las últimas ediciones de su Curso de Derecho Administrativo, el notable autor español suprimió la referencia a la relación entre interpretación conforme a la Constitución y presunción de constitucionalidad de las leyes. Véase Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., pág. 347.

Carta que contemple en su seno a la seguridad jurídica, fundada en interpretaciones pasadas relativamente consolidadas -no en el temor al vacío-, y también en atención a los efectos de los fallos, sea preferible una solución sobre otra. Sin embargo, de ello no se sigue una pretensión conservacionista *per se* ni, mucho menos, la posibilidad de fraguar el texto legislativo, en contravención del principio democrático y de los equilibrios institucionales.

De todas formas, si se persiste en el enfoque que resalta el anhelo conservador más que en la consistencia, éste debe necesariamente matizarse. En dicha línea GOMES CANOTILHO afirma que el «principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución» debe ser comprendido articulando sus tres dimensiones, a saber: (a) el principio de prevalencia de la Constitución, (b) el principio de conservación de normas, y (c) el principio de exclusión de interpretaciones *contra legem*⁶³². Obsérvese que la tercera dimensión indicada opera como limitación de la segunda.

El respeto por el texto legislativo que se viene defendiendo, a primera vista se compromete en los casos en los que los tribunales constitucionales dictan sentencias «manipulativas», léase manipulativas de la ley. Conviene, por tanto, brevemente analizar este tema. El referido género tiene por especies las sentencias reductoras, las aditivas y las sustitutivas⁶³³. Como surge con notoriedad de la propia denominación, las primeras reducen el contenido normativo de la disposición legal, las segundas lo amplían y las terceras lo descartan estableciendo una regulación en su lugar. En cualquiera de estos casos, se supone interpretada la ley, es por eso que se postula una necesidad de ajuste en algún sentido o sustitución, pero bien es posible que tal intervención se presente solapadamente como una interpretación extremada de la ley para arribar al resultado anhelado. Supongamos a estos efectos sinceridad en la actuación jurisdiccional. Si efectivamente el texto admite ser interpretado con un mayor o menor alcance, o con otro sentido alternativo plausible, entonces el terreno será efectivamente de interpretación de la disposición legal conforme a la Constitución, que puede incluso conducir a la determinación de ausencia de solución legislativa para la resolución del caso, operando sin más la solución constitucional.

En el caso de las sentencias francamente reductoras, lo que verdaderamente se genera es un fenómeno de inconstitucionalidad parcial de una norma considerada en

⁶³² J.J. GOMES CANOTILHO: Ob. Cit., pág. 1226.

⁶³³ Se adopta a estos efectos la nomenclatura empleada por DÍAZ REVORIO. Véase Javier DÍAZ REVORIO: “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, en *Revista Pensamiento Constitucional*, Volumen 8, Número 8, 2002, pág. 207.

forma abstracta o bien de inconstitucionalidad de una norma concreta derivada de la interpretación de una disposición abstracta. No es un problema interpretativo sino posterior a él, de solución de antinomias. En el caso de las sentencias aditivas, no se trata tampoco de un problema de interpretación de la ley sino de aplicación de una solución constitucional ante la ausencia de solución legislativa sobre el punto a dirimir. En los casos de sentencias sustitutivas, la inconstitucionalidad resulta inevitable, se verifica la inconstitucionalidad de la solución legislativa y, en su lugar, ante el vacío legal generado se declara o dispone -según se prefiera- la solución constitucional resultante. Conceptualmente es eso lo que sucede, ahora bien, cabría analizar las competencias de los jueces y tribunales para determinar la legitimidad de la actuación en los sentidos indicados. Precisamente, en función de la configuración de tales potestades y de los efectos de los fallos, es posible que los órganos jurisdiccionales manejen estratégicamente las categorías, sin honestidad en su actuación.

Por último, debe también calibrarse la «interpretación conforme» en relación con la competencia de los jueces en materia constitucional. El triunfo de una interpretación desde la Constitución de una disposición legal puede imponerse en las sentencias de diferentes formas y con diferentes efectos, dependiendo del objeto del proceso y de las competencias de los tribunales. En principio, en los juicios regulares, que en los sistemas difusos se fusionan con los constitucionales, la interpretación conforme importa la delimitación del material jurídico aplicable y se impone al juez basarse en éste para resolver el caso sometido a su consideración con el efecto particular propio de las sentencias. En los procesos especiales de inconstitucionalidad -en sistemas concentrados-, admitida la distinción entre disposiciones y normas -entre textos e interpretaciones-, la interpretación hace a la cuestión de fondo. Es siempre así, pero resulta destacadamente observable en los casos en los que concurren interpretaciones razonables de las disposiciones.

Concretamente en el marco de estos procesos, sostiene DÍAZ REVORIO que las «sentencias interpretativas» emitidas por los jueces constitucionales pueden ser estimatorias o desestimatorias: *«si una ley puede interpretarse en el sentido A (constitucional) y B (inconstitucional) tanto vale decir que «la ley es constitucional si se interpreta en el sentido A», que «la ley es inconstitucional si se interpreta en el sentido*

B». La diferencia se encuentra más bien en el plano de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional⁶³⁴».

En supuestos en los que se determinan un par de interpretaciones razonables de la ley, uno ajustado a la Constitución y otro no -como el que se presenta en la transcripción que antecede-, la adopción de la alternativa adecuada o el descarte de la inconstitucional es en términos lógicos lo mismo. Pero es diferente el panorama si el enunciado admite, además de la interpretación desechable, más de una interpretación razonablemente ajustada a la Constitución. En estos casos, existirá propiamente interpretación conforme si se reconoce al juez constitucional competencia para determinar la solución más ajustada. De lo contrario no existirá interpretación conforme en el sentido que aquí se acoge, que importa la definición de la solución legislativa razonable más justificada bajo la Constitución, sino descarte de interpretaciones desconformes.

Efectivamente son las soluciones de Derecho positivo las que determinan el elenco de posibilidades de actuación de los jueces o de los jueces constitucionales y los efectos de sus sentencias en supuestos que admiten varias interpretaciones de la ley para efectuar su cotejo con la Constitución. Ello puede repercutir según los casos a conferir mayor o menor seguridad jurídica y en la incidencia o no de los tribunales constitucionales en la actividad de los jueces ordinarios⁶³⁵, pero no cabe aquí adentrarse en un análisis de estas cuestiones de puro diseño de jurisdicción constitucional.

Lo importante a estos efectos es resaltar que desde que se reconoce que el control de constitucionalidad es ante todo un problema interpretativo, debería determinarse el sentido o los sentidos en los que debe o puede -en estos casos incluso con amplitud- y los sentidos en los que no debe interpretarse una disposición legal, especialmente contemplando la corrección funcional y las relaciones entre legislador, jueces y, de existir, jueces constitucionales especializados.

4.2. Interpretación conforme e indeterminación exclusiva de la ley o de la Constitución y de la ley.

No es sencillo establecer una división tajante entre determinación e indeterminación de una disposición legal, entre otras cosas, porque las etapas del

⁶³⁴ Javier DÍAZ REVORIO: Ob. Cit., pág. 206.

⁶³⁵ IDEM, pág. 207.

método interpretativo no se realizan necesariamente en forma compartimentada, especialmente toda vez que intervienen intérpretes que previamente conocen el sistema. De todas formas, insisto en que pueden destacarse casos en los que existe evidencia de sentido o al menos una opción de interpretación fuertemente más convincente que otras. Debe distinguirse así el caso en el que la Constitución es precisa -relativamente infrecuente en materia de «derechos»-, en el que la indeterminación exclusivamente se presenta en el texto legislativo, del caso en el que, además, la Constitución también es abierta y requiere de un trabajo más intenso de delimitación.

Los supuestos en los que únicamente la Constitución presenta un grado considerable de indeterminación se estudiarán en el capítulo siguiente, pues no se trata en ese caso de interpretación de la ley conforme a la Constitución, por una razón obvia, no se trata siquiera un problema de interpretación de la ley.

Si la ley admite varias interpretaciones razonables en un escenario de relativa paridad y la Constitución es en lo pertinente clara, la operación de cotejo debe orientarse a identificar la que resulte más ajustada, la mejor de acuerdo a una teoría consistente de la Constitución, lo que conduce, asimismo, a la exclusión de las soluciones que resulten incompatibles en caso de que éstas existan⁶³⁶. De preferirse el enfoque con una mirada constitucional a la cabeza del método, alternativamente, aunque si se realiza con franqueza sin diferencias al final del camino, es posible sostener que la determinación del sentido deberá fluir hacia la opción ajustada o hacia la más ajustada dentro de los márgenes existentes, fijados al disponerse un método de interpretación de la ley.

Es algo más complejo el escenario en el que también la Constitución presenta dilemas interpretativos, pues es imperioso atribuir sentido a las disposiciones constitucionales para luego hacer lo propio respecto de las disposiciones legales con un panorama Constitucional delimitado. En dicha delicada tarea, debe tenerse presente que una conjugación del principio democrático y de la corrección funcional conducen a reconocer cierta deferencia al acto legislativo en la concreción de la Constitución en supuestos de indeterminación. De ello se sigue que pueda en determinados casos resultar que se presente una interpretación de ley que sea constitucionalmente adecuada para la solución del caso en cuestión, pese a no ser la que el juez adoptaría en un estudio

⁶³⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 109.

aislado y efectuado hasta las últimas consecuencias, sin atención a una teoría de la Carta que contemple aspectos funcionales y a la existencia de un pronunciamiento legislativo.

Una primera posibilidad es que ninguna de las interpretaciones de la ley sea razonablemente compatible con ninguna de las interpretaciones constitucionales. Dicho caso no presenta dificultades, no es posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, de modo que, dependiendo de las competencias del juez, deberá directamente desaplicar o anular la norma -dependiendo de los efectos previstos en el sistema para el fallo- o bien plantear al órgano jurisdiccional competente la incompatibilidad para que éste resuelva a su respecto.

Una segunda posibilidad consiste en que solo alguna de las interpretaciones razonables de la ley no sea compatible con ninguna de las interpretaciones de la Constitución, de lo que se sigue que las mismas deben descartarse y optarse por la restante -si es una sola- o por continuar la tarea interpretativa para escoger la mejor solución de acuerdo a lo indicado en el escenario que seguidamente se explicará.

Una tercera posibilidad consiste en que cada una de las interpretaciones razonables de la ley sea compatible con al menos alguna de las interpretaciones posibles de la Constitución. En este caso el juez con apoyo en una fundamentación basada en una teoría consistente de la Carta deberá definir una solución constitucional y a partir de ella interpretar la ley de forma tal de que se le atribuya el significado compatible con dicha opción o, de existir más de uno, el que mejor se ajuste a ella. En forma algo más simplificada, cabe enteramente al juez apreciar y en función de ello determinar la interpretación de la ley que mejor se ajusta a la mejor interpretación de la Constitución para la solución del caso.

Una cuarta y última posibilidad es que las interpretaciones razonables de la ley sean compatibles exclusivamente con una de las alternativas razonables de interpretación de los enunciados constitucionales. Es en este punto que debe verdaderamente tenerse en cuenta el peso de la deferencia por el acto legislativo. Se impone cuestionarse si es suficiente con la razonabilidad en la apreciación de la Constitución o si debe insistirse en llegar hasta una definición con un soporte puramente constitucional para efectuar el cotejo con la ley, aunque el resultado no sea el de una interpretación en algún sentido conciliadora.

Lo primero, aunque como se ha indicado no es exactamente así, se parece bastante a definir el sentido de la Constitución en virtud de lo dispuesto legislativamente. No sería desde esa perspectiva interpretación de la ley conforme a la

Constitución sino más bien lo contrario -una vez más, de la Constitución conforme a la ley, como plantea HESSE⁶³⁷-. De todas formas, de presentarse más de una solución legislativa posible, quedaría en ese reducto espacio para la interpretación de la ley y definir la que mejor se justifica bajo la única opción de interpretación constitucional compatible.

Lo segundo admite una interpretación conforme siempre que resulte del significado de la disposición constitucional finalmente interpretada la compatibilidad; de resultar ellas incompatibles, obviamente, cabría al juez promover o declarar -según el caso- la inconstitucionalidad. Si bien en este escenario de no concluirse la incompatibilidad procede efectuar una interpretación de la ley conforme para escoger la más ajustada entre dos interpretaciones que lo son, interesa más detenerse en el punto de la interpretación de la Constitución.

Se presenta allí el nivel máximo de complejidad. Con la posibilidad de que la ley delimite la Constitución se impone la definición crucial sobre el peso de la deferencia al acto legislativo, la jerarquía normativa y el papel del control jurisdiccional de regularidad constitucional de las leyes. Este aspecto central se desarrollará en el subcapítulo V.5 al analizar el problema de la indeterminación de la Constitución, de modo que cabe remitirse a lo que allí se establece.

Debe por último indicarse que en la interpretación jurisdiccional, operativa⁶³⁸ o en concreto⁶³⁹, el estudio del Derecho, y concretamente el de la ley desde la Constitución, se dirige a partir de una situación puntual sometida a consideración del magistrado. Así, a menudo las opciones de interpretación pueden en última instancia reducirse a la determinación o no de una situación jurídica, aunque no necesariamente ello es así, pues las dubitaciones pueden referir también a cuestiones de alcance. Es decir, a incertidumbres en la delimitación del contenido de una situación jurídica cuya existencia no es cuestionada.

La ventaja interpretativa de tener un caso sobre la mesa, que podría no ser imaginado en un ejercicio puramente ideal, genera una inevitable perspectiva sobre su inclusión o exclusión por una norma. Aunque excede el objeto de este trabajo, pues

⁶³⁷ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 54; Enrique ALONSO GARCÍA: Ob. Cit. pág. 500.

⁶³⁸ Jerzy WRÓBLEWSKI: Ob. Cit., pág. 35.

⁶³⁹ Riccardo GUASTINI: *Interpretar y argumentar*, Ob. Cit., pág. 33 y siguientes. En similar sentido véase también: Jorge GAMARRA: “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, tomo II, FCU, Montevideo, 2014, págs. 92 y 93.

implicaría un análisis particular de un ordenamiento jurídico concreto, se impone en dicho marco preguntarse sobre la inclusión o exclusión de un caso en la categoría con base en la igualdad o en la libertad. Así, en el paradigmático caso de una restricción a la conducta de los individuos, ante la existencia de un supuesto similar de obligación, podría en una concepción igualitaria fuerte postularse la analogía e incluir el caso en consideración, mientras que desde la libertad cabría sin más asumir la exclusión. En definitiva, para un estudio completo enfocado a casos de la interpretación en general y de la interpretación conforme en particular, deviene especialmente relevante contar con una teoría sobre la igualdad y la libertad en la Constitución, como pautas que deben articularse previamente en forma de una teoría consistente fundada en el texto constitucional.

4.3. Normativa legal sobre interpretación de actos legislativos e interpretación conforme a la Constitución.

La interpretación de la ley conforme a la Constitución indefectiblemente significa la incorporación de parámetros constitucionales en el método de interpretación de la ley. En sistemas que disponen por norma legal un método de interpretación de disposiciones normativas o, más específicamente, de disposiciones legislativas que no refieren expresamente al punto, de alguna manera debe justificarse no sólo su procedencia sino también la forma en la que debe considerarse la influencia constitucional en la tarea. CANOSA, siguiendo la atinada tesis de HERRERO DE MIÑÓN, afirma que las normas contenidas en los títulos preliminares de los Códigos Civiles regulan el proceso creativo y aplicativo del Derecho y que, a tenor de esta importantísima función, cabe inferir un carácter constitucional material de la misma⁶⁴⁰. Es dable coincidir con lo indicado, si el procedimiento de elaboración de las leyes es materia incuestionablemente constitucional, el de su interpretación -que termina de moldearlas- también debe serlo. De todas formas, lo afirmado no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad de su consagración por vía legislativa, máxime ante la efectiva carencia de regulación constitucional, pues si no se verifica una vulneración de la Carta en el puntual procedimiento dispuesto, no existirá un conflicto normativo.

⁶⁴⁰ Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., págs. 88 y 89.

Nótese que si se concluye de la interpretación de las disposiciones que refieren a la interpretación de disposiciones que en forma algo extrema se excluye la interpretación de la ley conforme a la Constitución, entonces, la única salida para su aplicación sería la de la previa declaración de inconstitucionalidad o, en su caso, la de la derogación por oposición superveniente⁶⁴¹. Claro está, siempre que se sustente que la opción por la exclusión de los puntos constitucionales no es constitucionalmente admisible, podría serlo, por ejemplo, bajo el alcance de las Constituciones reconocido en Europa con anterioridad a la segunda guerra. Fuera de dicha tesis radical de exclusión, ante la ausencia directa o indirecta de regulación, de persistir dudas sobre el sentido de una disposición pese a la ejecución completa del método legislativamente previsto, deberían las soluciones constitucionales ingresar en el marco del paso interpretativo denominado de «integración», pero no como un criterio que opere en el mismo plano que los restantes.

Más allá de lo muy someramente indicado es difícil establecer alguna otra afirmación general, pues para avanzar debe atenderse concretamente a las normas sobre interpretación pertenecientes a un ordenamiento jurídico determinado, sacrificando así, naturalmente, la aspiración de generalidad. De acuerdo al programa propuesto, de todas formas se referirá brevemente al derecho positivo español y al uruguayo.

Según se adelantó en el Capítulo III, en España se recogen en el artículo 3.1 del Código Civil en pie de igualdad los cánones tradicionales de interpretación jurídica⁶⁴², estableciéndose como objeto las normas *-rectius*: las disposiciones normativas- con generalidad, sin especificar su rango jerárquico. Pese a que la amplitud referida del objeto parece comprender a las formulaciones constitucionales, en función de fundados cuestionamientos sobre el carácter vinculante del método, de la idoneidad de un acto para determinar las pautas interpretativas de otro de mayor valor y fuerza⁶⁴³ y sobre la

⁶⁴¹ Sobre la derogación de leyes ante un caso de oposición superveniente por la sanción de nuevas normas constitucionales véanse los excelentes trabajos de DIEZ-PICAZO y de CASSINELLI MUÑOZ. Luis María Díez-Picazo: *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1990. Prólogo de Francisco Rubio Llorente. Horacio Cassinelli Muñoz: *Oposición superveniente: ¿derogación o inconstitucionalidad?*, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Montevideo, Uruguay, 2010, págs. 535 y ss.

⁶⁴² El artículo 3.1 del Código Civil español reza lo siguiente: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

⁶⁴³ Con carácter general JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA se opone a que reglas obligatorias de interpretación se contengan en una disposición de categoría inferior a aquella que deba ser interpretada. Justino Jiménez de Aréchaga: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit., pág. 143. En el mismo sentido véase también Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., pág. 62.

suficiencia para explicar el fenómeno de interpretación constitucional, es que de todas formas se discute, precisamente, si el método consignado es aplicable para la interpretación de la Constitución⁶⁴⁴. Con anterioridad, en coincidencia con ARZOZ⁶⁴⁵, REQUENA LÓPEZ⁶⁴⁶ y BALAGUER CALLEJÓN⁶⁴⁷, he sostenido que las particularidades de la interpretación constitucional no suponen un quiebre en lo esencial con la interpretación jurídica general, naturalmente, sin perjuicio de reconocer especificidades de intensidad y no pocas pautas o directrices intermedias de utilidad.

Sin ánimo de estudiar aquí en profundidad los otros problemas reseñados, sobre esa idea básica de no ruptura con un método madurado por la cultura jurídica - fundamentalmente europea-, del carácter vinculante que ostentan las leyes válidas y vigentes y la –al menos a primera vista- inexistencia de incompatibilidad de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil con la Constitución, entiendo convincente la argumentación efectuada por ARZOZ SANTISTEBAN en defensa de su aplicabilidad también en sede de interpretación constitucional⁶⁴⁸.

De todas formas, no es el aspecto mencionado del artículo 3.1 del Código Civil español el de mayor relevancia a estos efectos, sino el de la comprensión o no en su seno de la incidencia constitucional en la interpretación de la ley. Esta última resulta inobjetablemente incluida en el ámbito de aplicación material del artículo legal en cuestión. GARCÍA DE ENTERRÍA, siguiendo a ZIPPELIUS, afirma que la Constitución constituye el contexto necesario de todas las leyes, reglamentos y demás normas del ordenamiento a efectos de su interpretación y aplicación, y en ese sentido sugiere entender que la referencia al canon contextual de interpretación en el artículo 3.1 del Código Civil llama, en primer término, para depurar ese contexto a la norma constitucional⁶⁴⁹. La posición es en sus rasgos generales compatible, una interpretación desde la Constitución de las normas legales sobre interpretación general conduce a considerar que el método contextual comprende al parámetro constitucional.

Ahora bien, dilucidar la forma en la que opera la sistematicidad constitucional en relación con la propia sistematicidad interna del acto o del sector del acto legislativo,

⁶⁴⁴ Véase Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., pág. 122 y ss.; y Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, Ob. Cit., págs. 89 y 90.

⁶⁴⁵ Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 122 y ss.

⁶⁴⁶ Tomás REQUENA LÓPEZ: *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Ob. Cit., págs. 69 y ss.

⁶⁴⁷ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN: Ob. Cit., págs. 42 y 43.

⁶⁴⁸ Xabier ARZOZ SANTISTEBAN: Ob. Cit., págs. 122 y ss.

⁶⁴⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ob. Cit., pág. 108.

requiere de alguna reflexión adicional. El eximio publicista referido indica que la Constitución es el recurso contextual «en primer término»⁶⁵⁰, sin embargo, si la consistencia interna del acto -de todo el acto o de la parte o sección materialmente pertinente- conduce a una solución clara, entonces, salvo que todo el conjunto de disposiciones legales admita concomitantemente una lectura razonable y distinta desde la Constitución, no debería cederse a la injerencia de la Constitución en la etapa interpretativa⁶⁵¹.

De plantearse una situación como la que viene de describirse no existiría margen para la interpretación conforme, al menos no en lo que refiere a incidir con una solución material específica, pues en última instancia reconocer la sistematicidad en el plano legislativo puede sustentarse en la Constitución. Una interpretación básica desde la Constitución, igualitaria y que respete la corrección funcional, exigiría atender a la coherencia interna. Dependiendo del caso, eventualmente, de verificarse una incompatibilidad, el camino de la prevalencia de la solución constitucional será exclusivamente el de la previa declaración de inconstitucionalidad o derogación por oposición superveniente -según corresponda- de la disposición o disposiciones del acto legislativo interpretado.

Ante una normativa como la española, que no consigna peso específico a los criterios interpretativos, deviene especialmente imperioso ponderar la intensidad de convicción sobre la solución que se obtiene mediante el empleo de los diferentes instrumentos. A su vez, en lo que refiere a la interpretación conforme, cabe también ponderar la intensidad de la solución formulada como directriz interpretativa desde la Constitución, pues, como se ha señalado, puede no existir a su respecto claridad.

En el ordenamiento jurídico uruguayo la situación es algo diferente. La normativa sobre interpretación de las leyes se encuentra dividida por materia. Sin perjuicio de otras pautas interpretativas especiales, existen fundamentalmente normas de interpretación en el Código Civil -de aplicación genérica y residual-, en el Código Tributario -exclusivamente de aplicación en materia tributaria-⁶⁵² y en el Código

⁶⁵⁰ IDEM

⁶⁵¹ En el mismo sentido véase Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ob. Cit., pág. 343.

⁶⁵² El artículo 4 del Código Tributario uruguayo vigente reza lo siguiente: «En la interpretación de las normas tributarias podrán utilizarse todos los métodos reconocidos por la ciencia jurídica y llegarse a resultados extensivos o restrictivos de los términos contenidos en aquéllas, a los efectos de determinar su verdadero significado».

General del Proceso -de aplicación exclusivamente en materia procesal-⁶⁵³. En estos últimos casos la interpretación de la ley conforme a la Constitución se encuentra perfectamente amparada, por la amplitud en el recurso a los métodos posibles en lo que refiere a la normativa tributaria, y por disposición expresa en materia procesal que exige en supuestos de duda recurrir a la consideración de las garantías constitucionales de debido proceso y de defensa⁶⁵⁴.

Si se centra el análisis en la normativa más general del Título Preliminar del Código Civil debe en primer lugar sentarse que refiere únicamente a las leyes en sentido orgánico y formal⁶⁵⁵. Resulta excluida por razones de objeto su aplicación vinculante a la interpretación constitucional, de modo que no se justifican a su respecto, pese a que existen, cuestionamientos como los que se generan en España. Por su parte, la tarea de apreciación de la procedencia y eventual forma de inserción del recurso sistemático constitucional en la labor hermenéutica sobre las leyes es bastante menos lineal. Se establece una prelación de criterios que debe explicarse y, entre ellos, una referencia al contexto con un alcance más definido.

La determinación del método de interpretación supone la interpretación de las disposiciones que lo establecen, encontrándose, por tanto, un primer escollo en la inevitable carencia de un método prefijado a tales efectos, necesariamente debe presuponerse. De todas formas, en tanto la interpretación impone intelección y se conocen de antemano criterios posibles para el entendimiento del texto, razonablemente puede determinarse el método de interpretación en función de las disposiciones que refieren al tema. En definitiva, la consagración positiva de un método de interpretación de disposiciones normativas -en este caso legales- no responde a la imposibilidad de la interpretación en su ausencia, pues ordinaria y permanentemente sin mayores

⁶⁵³ El artículo 14 del Código General del Proceso uruguayo vigente reza lo siguiente: «*Para interpretar la norma procesal, el tribunal deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda se deberá recurrir a las normas generales teniendo presente los principios generales de derecho y especiales del proceso y la necesidad de preservar las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en el mismo*».

⁶⁵⁴ Es evidente que el estudio de la manera en que opera la «interpretación conforme» en el marco de la interpretación de disposiciones normativas tributarias y procesales debe ser mucho más completo que el que en forma demasiado simple aquí introductoriamente se presenta, pero mayormente interesa detenerse en el método establecido con mayor generalidad en el Código Civil.

⁶⁵⁵ Ello surge a mi juicio con contundencia, entre otros fundamentos, desde que se hace referencia a la interpretación de las «leyes» y en el propio Título Preliminar previamente se refiere a las leyes indefectiblemente en dicho sentido orgánico-formal. Así, al regularse en el artículo 1º del Código Civil la eficacia de las «leyes» se lo hace en relación con el perfeccionamiento del acto legislativo en sentido orgánico-formal, pues se menciona la promulgación por parte del Poder Ejecutivo como un hito relevante a tales efectos, en consonancia con la solución dispuesta en todas las Constituciones uruguayas, desde la primera en 1830, para el perfeccionamiento de los actos legislativos formales.

inconvenientes interpretamos textos. La positivización del método no tiene por objeto hacer posible algo que antes no lo era, sino contribuir a la seguridad jurídica reduciendo la discrecionalidad del intérprete y a su aplicación igualitaria por diferentes tribunales.

Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA ha sostenido que tradicionalmente se entendió que se plasmó en los artículos sobre interpretación del Código Civil uruguayo el método exegético, por asumir, por razones históricas, que éste era el método difundido. Sin embargo, insiste en que si se parte de una perspectiva lógico sistemática -que entiende racionalmente más justificada- como base presupuesta, la conclusión será que el método instaurado es precisamente este último⁶⁵⁶. En realidad, independientemente de la denominación, que entiendo en poco contribuye, desde una lectura ingenua o bien desde un abordaje inicial exegético o lógico sistemático, que indefectiblemente parten de un texto, los grandes trazos del método no parecen verdaderamente cuestionables.

En primer lugar, se impone atender al texto del enunciado normativo, al tenor literal -según expresa el artículo 17⁶⁵⁷-, debiendo atribuirse un significado a las palabras de acuerdo a lo indicado en los artículos 18⁶⁵⁸ y 19⁶⁵⁹. No se encuentra especificado si esta primera etapa textual comprende el trabajo de contextualización establecido en el artículo 20⁶⁶⁰. No obstante, pese a que allí se lo presenta sin efectuar una conexión expresa con las restantes etapas, existen elementos que sugieren ubicarlo, al menos en parte, en este primer momento. Así, especialmente ello se manifiesta en la pesquisa de las definiciones expresas mencionadas en el artículo 18 o bien para determinar si pese a existir un sentido específico de una palabra técnica entre quienes profesan la ciencia o arte en cuestión cabe tomar un sentido diverso por aparecer este último como claramente asumido -según exige el artículo 19-.

En cualquier caso, el propio artículo 17 impone en segundo término acudir al «espíritu» o finalidad, claramente manifestado en la propia ley -que implica

⁶⁵⁶ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *Introducción al Derecho*, versión taquigráfica de Carlos Agenta, Organización Medina, Montevideo, págs. 156 y 157.

⁶⁵⁷ El artículo 17 del Código Civil uruguayo reza lo siguiente: (primer inciso) «*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu*», (Segundo inciso) «*Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción*».

⁶⁵⁸ El artículo 18 del Código Civil uruguayo reza lo siguiente: «*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal*».

⁶⁵⁹ El artículo 19 del Código Civil uruguayo reza lo siguiente: «*Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*».

⁶⁶⁰ El artículo 20 del Código Civil uruguayo reza lo siguiente: «*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*».

consideración contextual, de las disposiciones del acto en su conjunto- o en la historia fidedigna de la sanción. La armonización de este artículo con la regla dispuesta en el artículo 20 arroja como resultado que ante un conflicto entre soluciones interpretativas, respectivamente obtenidas en atención al contexto o a la historia como formas de determinar el «espíritu», prevalece el abordaje contextual. De ello se sigue que si se insiste en manejar términos de prelación entre criterios a efectos explicativos, vale reiterar que la operación de interpretación es de compartimentación más compleja de lo que se pretende por la existencia de preconcepciones, el paso contextual sería previo al de la consideración de la historia del acto legislativo.

Así las cosas, considerar si el elemento contextual en lo que refiere a la consistencia interna del acto conforma o no la instancia literal pierde buena parte de la relevancia, en la medida en que necesariamente es anterior -al menos en términos conceptuales- al recurso a la historia fidedigna de la sanción⁶⁶¹.

Resta ahora detenerse en el análisis del referido artículo 20 que alude expresamente al imperativo de contextualizar por razones de consistencia, a efectos de concluir si el contexto conformado por las disposiciones de la Carta sirve como parámetro en cualquiera de los momentos indicados. Es decir, con anterioridad a la apelación a la historia de la sanción. Conviene aquí reiterar la disposición para facilitar su análisis pormenorizado:

«El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía»

La interpretación del enunciado transcripto parece a primera vista simple pero en verdad no lo es. Deben resolverse en su marco varios problemas relacionados, a saber, el alcance de las palabras «contexto» y «ley», en definitiva el sentido de la expresión «contexto de la ley» y determinar si la referencia a «sus partes» alude -precisamente- a la ley o a su contexto.

Una primera alternativa, entiendo algo oblicua, consiste en partir de que la expresión «sus partes» refiere al «contexto de la ley» y no a la «ley» misma. En esta hipótesis, en principio, el «contexto de la ley» podría ser el ordenamiento jurídico y «sus partes» la totalidad de las disposiciones normativas que expresan normas

⁶⁶¹ Aunque sin explicitar los fundamentos, en este sentido se pronuncia también Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: Ob. Cit., pág. 155.

pertenecientes al mismo. Con un alcance más acotado, podría ser el acto jurídico entendido como el conjunto de sus disposiciones y «sus partes» cada una de ellas. Como adelanté, luce algo forzado considerar que las partes lo son de un «contexto», que por su naturaleza no parece algo escindible. Eventualmente pueden considerarse diferentes contextos, más o menos amplios, pero es en el mejor de los casos extraño aludir a partes de un contexto -en el sentido natural y obvio de la palabra, como entorno-. De todas formas, menciono esta posibilidad de interpretación y en primer término porque, pese a no ser explicitada, parece ser la única forma de poder sostener con una base textual mínima la tesis de Eduardo y Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y su calidad como juristas así lo amerita. Su postura consiste en derivar del artículo 20 del Código Civil un mandato al intérprete de correlacionar y armonizar la norma objeto de interpretación - *rectius*: la disposición- con las restantes del ordenamiento jurídico⁶⁶².

Una segunda alternativa consiste en asumir que en el enunciado bajo estudio el giro «sus partes» refieren al término «ley». En esta hipótesis, para que la proposición tenga sentido debe descartarse que se entienda por «ley» una disposición legal en tanto sus partes serían palabras, y resulta absurdo asignar tal significado, pues determinaría una cuestión casi trivial, un postulado elemental de pretensión de racionalidad de las oraciones. En materia de interpretación ello es un presupuesto, pues solo es comprensible lo racional. La palabra «ley», entonces, significaría en este supuesto el acto legislativo, su «contexto» -al igual que en la segunda opción de la primera hipótesis- sería el conjunto de las disposiciones normativas que lo conforman y «sus partes» cada una de ellas. La opción de que el contexto sea el ordenamiento jurídico todo no es sostenible desde esta línea argumental, puesto que no pueden considerarse partes de un acto legislativo otros actos jurídicos o las disposiciones contenidas en éstos.

No puede ocultarse que esta interpretación presenta también una debilidad, pues es algo forzado postular que el «contexto» del acto legislativo es el entorno por éste determinado en el nivel de las disposiciones y no el suyo propio. La noción de contexto sugiere una externalidad, sin embargo, debe prescindirse de esta crítica en tanto también se extiende a la concepción indicada en la primera alternativa que equipara al contexto de la ley con el ordenamiento jurídico. Así, la consideración externa no sería de utilidad para comprender a éste en su integridad, en la medida en que se excluiría del mismo a la

⁶⁶² Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: Ob. Cit., pág. 154. En el mismo sentido véase Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: *La Constitución Nacional*, Tomo I, Ob. Cit. pág. 145.

ley cuyo contexto se predica para supuestamente -de forma oblicua- referir al ordenamiento.

Debe concluirse, entonces, que el artículo 20 refiere a la orientación de la tarea interpretativa hacia una consistencia interna, es decir, de las disposiciones que tienen en común ser el contenido de un mismo acto legislativo. Así, no obstante una referencia puntual al contexto con una mayor amplitud, establecida en el artículo 18 mediante la alusión a las definiciones legales expresas por materia -que pueden radicarse en otros actos legislativos y no necesariamente en el analizado-, el contexto relevante a efectos del método de interpretación de las leyes, en los términos del artículo 19, del 17 inciso segundo y del 20 del Título Preliminar del Código Civil, es el determinado por el acto legislativo objetivo, una vez más, el conjunto de sus disposiciones.

De acuerdo a lo hasta aquí indicado, el método positivado no conferiría espacio para la interpretación conforme a la Constitución, pero resta analizar si no existe todavía una instancia formalmente prevista para su ingreso. Entiendo que la respuesta es afirmativa y su base se encuentra en el artículo 16⁶⁶³. Agotada la última etapa estrictamente interpretativa con el recurso a la historia fidedigna de la sanción, al acudir a la etapa interpretativa tradicionalmente denominada de «integración», se impone en consideración de las circunstancias del caso -siempre en materia civil- acudir al fundamento de las leyes análogas y, de persistir la duda, a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas. Insisto en que un escenario de dudas interpretativas no superadas equivale a la ausencia de solución, y que si se demarcan criterios para establecerla normativamente -a partir de otras disposiciones- no deja de ser tarea sustancialmente interpretativa⁶⁶⁴.

El fundamento de las leyes análogas no es otra cosa que una forma de contextualización -léase de interpretación sistemática- con base igualitaria, con otros actos legislativos. Dicho fundamento, aunque puede ilegítimamente no serlo, debe ser constitucional, pues la Constitución es el fundamento de la ley. De ello se sigue que

⁶⁶³ El artículo 16 del Código Civil reza lo siguiente: «*Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso*».

⁶⁶⁴ Desde una perspectiva estrictamente dogmática existen elementos que parecen conducir a la presuposición de una naturaleza interpretativa del fenómeno. Nótese que en el propio artículo 16 se mantiene la referencia a una «duda» que todavía subsiste, que parecería ser la originada en la ejecución de los pasos tradicionalmente considerados de interpretación estricta de la ley de la materia. Más allá de la insuficiencia de la asunción de una doctrina en el Derecho positivo para justificar su corrección -el Derecho es objeto de la teoría y no al revés-, no deja de resultar interesante constatar posibles rastros de concepciones teóricas en la legislación.

efectivamente deba preferirse en esta etapa la opción más ajustada o la única ajustada a la Constitución ante genuinas alternativas interpretativas sobre la concretización legislativa de un fundamento constitucional. Si se concluye pese a ello que el fundamento en cuestión no es debido por no ser ajustado a la Constitución, pues entonces no lo será en ninguno de los casos y deberá plantearse la inconstitucionalidad de la ley, evidenciando, a su turno, en contribución con la aplicación igualitaria del Derecho, el vicio en las normas equiparables utilizadas para la comparación.

Confirma lo indicado la solución subsidiaria prevista, no sólo porque los principios generales del Derecho son fundamentalmente los constitucionales, sino, además, porque entre ellos rige el de supremacía y el de unidad y afán de consistencia sistémica del ordenamiento. Este último aspecto considerado conjuntamente con la invocación de las doctrinas más recibidas abre la puerta a la interpretación conforme incluso en aquellos casos en los que aplican normas constitucionales que no califiquen por sí solas como principios.

Si no se entendiese aplicable el artículo 16 en el sentido narrado, de todas formas ante la ausencia de regulación legal expresa, de mantenerse dudas genuinas luego de efectuado el proceso interpretativo pautado de acuerdo a los artículos 17 y siguientes, la solución sería la misma. Se justifica en un sistema de supremacía constitucional atender a la Carta para proporcionar una respuesta interpretativa que en el plano legal no se encuentra y que indefectiblemente debe darse.

Al estudiar la interpretación de la ley conforme a la Constitución en el ordenamiento jurídico uruguayo, CAJARVILLE PELUFFO indica que cabe únicamente en los supuestos en los que efectuada la interpretación de la ley de acuerdo a los métodos consignados preceptivamente en el Código Civil siguen apareciendo como razonables dos posibilidades de solución⁶⁶⁵. Obsérvese que se coincide en términos generales con la afirmación del notable administrativista, aunque intentando hilar un poco más fino, por las razones que vienen de mencionarse, podría sostenerse que la interpretación conforme a la Constitución funcionaría como la última etapa del método de interpretación de las leyes consignado en el Título Preliminar del Código Civil, cuando no se alcanza una genuina convicción en instancias anteriores⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., pág. 359.

⁶⁶⁶ Es más difícil poder afirmar si se coincide o no con RISSO FERRAND en la medida en que si bien sostiene que la ley se debe seguir interpretando de acuerdo a su propio método -en ese sentido parece coincidente-, a la vez afirma que la interpretación debe estar guiada o influenciada por las disposiciones

Por último, cabe -por rigor- cuestionarse si la modalidad descrita de influencia constitucional, dispuesta al regularse el procedimiento general de interpretación de las leyes, es o no ajustada a la Constitución uruguaya. Me parece claro que no puede sostenerse su contrariedad con la Carta. Se trata de un mecanismo establecido por razones de seguridad jurídica y para propender a una aplicación igualitaria del Derecho con basamento perfectamente plausible en los artículos 7 y 8 de la Constitución. Sin descartar ni vedar la influencia constitucional se asegura un respeto al acto legislativo, apuntando a reconstruir con fidelidad la voluntad plasmada en el acto -que no es la del legislador⁶⁶⁷- mediante la previa contextualización interna de las disposiciones y, en segundo término, en los casos en los que en que sea posible acceder a documentos útiles -si es que puede haberlos-, a la historia fidedigna de la sanción. Confieso que preferiría algún ajuste en el procedimiento, principalmente por los cuestionamientos epistemológicos y de estancamiento que entiendo presenta la historia de la sanción, pero no creo que por ello pueda tacharse de inconstitucional.

Como bien señala HESSE, no es posible la interpretación conforme en contra del texto y sentido o bien en contra de la finalidad legislativa, especificando que a ese respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, sino, más bien, mantener el máximo de aquello que él ha querido⁶⁶⁸. A la luz del compatible propósito que viene de enunciarse, el método uruguayo de interpretación de las leyes del Código Civil resulta atinado.

5. Indeterminación de la Constitución: supremacía constitucional, delimitación de la deferencia al legislador y de la autocontención jurisdiccional (*self restraint*).

Es quizás este punto el más complejo de la actividad interpretativa de la ley y de la Constitución. Si bien pueden presentarse disposiciones constitucionales abiertas en cualquier materia -incluso en materia de organización estatal- y ello torna aplicables las conclusiones generales que aquí se mencionarán, en la medida en que por antonomasia los problemas más pronunciados de indeterminación constitucional suele presentarse en las secciones dogmáticas, al formularse con abstracción el catálogo de derechos, se

constitucionales, los principios y valores constitucionales y por los derechos humanos, sin especificar la instrumentación de tal influencia. Véase Martín RISSO FERRAND: *Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 251 y 252.

⁶⁶⁷ Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA: Ob. Cit., págs. 152 y 153.

⁶⁶⁸ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 51. Véase también Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ob. Cit., pág. 338.

atenderá más específicamente a ciertos problemas en ese marco, en buena medida analizados en el subcapítulo IV.1.4.

La hipótesis que aquí interesa es la de la existencia de más de una interpretación razonable de la Constitución y la pregunta central a responder refiere la de la posibilidad de acudir a la incidencia de la ley para determinar el sentido de la Constitución.

Desde la parte inicial de la tesis, concretamente en el capítulo II, al estudiarse la supremacía constitucional se planteó que en un sistema de Constitución rígida con normatividad, uno de sus efectos en el ordenamiento jurídico consistía en su influencia como parámetro para la interpretación de disposiciones contenidas en actos inferiores y, entre ellas, de las legislativas. Reiteradamente se ha indicado que la interpretación contextual debe realizarse en el sentido o dirección de la jerarquía y no a la inversa.

No puede negarse que estructurado así un ordenamiento jurídico resulte contraintuitivo afirmar que las disposiciones constitucionales deben interpretarse en ciertos casos en función de las normas legales. Sobre dicha base es que RISSO FERRAND, a mi juicio luego de extremar innecesariamente la posición, afirma que la interpretación de la Constitución conforme a la ley debe repudiarse, incluso calificando al fenómeno de «patético», por invertir el principio de jerarquía poniendo la Constitución al servicio de la ley y sometida a ésta⁶⁶⁹.

Ahora bien, la problemática es verdaderamente más sofisticada y «la interpretación de la Constitución conforme a la ley», en la terminología de HESSE⁶⁷⁰, bastante más difícil de refutar. Existe una razón fundamental para alejar el planteo de una agresión a la jerarquía normativa: la propia Constitución, mediante la consagración del principio democrático, puede determinar que en ciertos casos y ante genuinas dudas del intérprete jurisdiccional sobre su alcance, éstas se resuelvan mediante la deferencia a la interpretación o concretización legislativa. Precisamente esto es lo que sugiere BÖCKENFÖRDE al proponer una teoría de la Constitución «como un marco» que el legislador debe desarrollar⁶⁷¹ -aunque entiendo que su tesis debe atemperarse- y es la justa medida de la llamada autocontención jurisdiccional o «*self restraint*» en la materia.

Al decir de CANOSA, la interpretación constitucional sólo puede entenderse en el contexto de la relación entre el tribunal constitucional -debería extenderse con

⁶⁶⁹ Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., pág. 162.

⁶⁷⁰ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 54.

⁶⁷¹ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., págs. 40 y 41.

salvedades lo afirmado a los jueces en general- y el legislador democrático, y el modo de pacificar sus relaciones es el «*self restraint*», como una deliberada tendencia a dejar margen al legislador para que con libertad desarrolle la Constitución⁶⁷². En puridad lo planteado no sería estrictamente autocontención, que sugiere actuar resignando potestades, sino delimitación de competencia como resultado de una adecuada interpretación de la Constitución, de la «corrección funcional»⁶⁷³. En lo absoluto se trata de una prédica de minusvalía o de actuación timorata de los magistrados, más allá de lo poco feliz de la terminología, sino de actuación ajustada a sus competencias constitucionales, sin abuso ni censuras. Estas últimas deben interpretarse bajo una teoría consistente, que contemple también en su conformación el principio democrático y con él un margen de desarrollo legislativo determinado por la Constitución, tomando a la vez nota de la existencia de la apertura de las disposiciones constitucionales y de una realidad asociada a ella de interpretaciones razonables coexistentes.

Así las cosas, en la necesaria tarea del juez de determinar el Derecho positivo aplicable para la resolución de un caso y cotejar interpretativamente a tales efectos la ley y la Constitución, deviene crucial que se discierna si la solución legislativa refiere a un caso que se circunscribe dentro del margen conferido al legislador por la Constitución, o si lo que es objeto de discusión es un verdadero problema de los límites de dicho marco, que son los que efectivamente comprometen la constitucionalidad de la ley.

Debe descartarse la posibilidad de que el juez realice en el primer supuesto una interpretación funcionalmente ingenua y hasta las últimas consecuencias, con prescindencia de la existencia de un acto legislativo. Una interpretación sistémica de la Constitución, que trae indefectiblemente a colación al principio democrático ante el dato de la existencia de la ley, conduce al reconocimiento general de un margen de discrecionalidad legislativa antes que jurisdiccional. Por tanto, deviene admisible la posibilidad de una serie de soluciones legítimas alternativas. En estos casos no puede estrictamente postularse un caso de indeterminación de la Constitución, un problema que *prima facie* pueda parecer ubicado de la «zona de penumbra» del texto, en realidad se ilumina, a pesar de la apertura, en la medida que existe certeza sobre la determinación constitucional del marco a los efectos del caso.

⁶⁷² Véase Raúl CANOSA USERA: “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ob. Cit., pág. 4.

⁶⁷³ Konrad HESSE: Ob. Cit., pág. 47.

Aunque el intérprete pueda dudar, de acuerdo a su leal saber y entender, acerca de si una solución legislativa determinada es en sustancia la mejor justificada bajo la Constitución omitiendo los aspectos funcionales referidos -esto es, la que defendería si fuese legislador-, no es su posición relevante en la especie. La búsqueda de la mejor solución se resuelve en la determinación del marco legislativo.

Es dable reiterar, no se trata de vulneración de la jerarquía normativa desde que la solución es establecida por la Constitución, si se quiere por remisión, al configurar un margen de actuación legislativa considerable en el desarrollo de los bienes constitucionalmente trazados. Se rechaza en estos casos, pues, la posibilidad de que el juez efectúe una «*sobreinterpretación*» de la Constitución, en los términos de GUASTINI, como inexistencia de espacios no resueltos constitucionalmente que eliminan fatalmente la discrecionalidad legislativa⁶⁷⁴. Precisamente, porque una «*sobreinterpretación*» - tergiversando deliberadamente aquí el sentido atribuido por el autor italiano al término-, determina que la solución constitucional es en ciertas materias la coincidente con la legislativa.

Partiendo de la idea de la Constitución como un ordenamiento marco, BÖCKENFÖRDE sostiene con respecto a su parte jurídico material que la competencia para la concretización creadora de Derecho no sería concurrente del legislador y del Poder Judicial -debería agregarse, o de órganos jurisdiccionales extra-poder-, sino que recaería de nuevo en el legislador⁶⁷⁵. Ahora bien, de acuerdo a lo adelantado, entiendo que tal posición debe moderarse, atendiéndose a la distinción entre «derechos» en sentido fuerte y «políticas» antes postulada, y considerando los casos de difícil solución que se presentan en la necesaria delimitación del marco de discrecionalidad legislativa antes reconocido. Deben tenerse cuenta los supuestos limítrofes, casos de duda sobre la inclusión o exclusión que conforman la verdadera zona de «penumbra», especialmente por contender -al menos aparentemente- con otra pauta constitucional relevante.

Previamente se ha analizado el punto pero cabe ahora relacionarlo algo más con el problema de los supuestos de indeterminación por apertura de disposiciones constitucionales. En cualquier caso, sin que merezca mayores comentarios, debe considerarse a la arbitrariedad como un límite, que desde una perspectiva interpretativa

⁶⁷⁴ Riccardo GUASTINI: *Estudios de teoría constitucional*, Distribuciones Fontanamara S.A, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 158 a 160.

⁶⁷⁵ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE: “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en Ob. Cit., pág. 41.

no es otra cosa que la imposibilidad de razonablemente considerar la solución legislativa como una interpretación de la Constitución. La arbitrariedad opera entonces en la zona de certeza -por oscuridad-, de la incompatibilidad de la solución legal con la constitucional, pero no contribuye a la resolución del problema planteado, que consiste en fundamentar la forma de afrontar los casos de la verdadera «zona de penumbra».

Conviene desde ya dejar en claro la posición que se sostendrá y justificará. La existencia de una duda sobre los otros límites constitucionales de la actividad legislativa debe resolverse jurisdiccionalmente hasta las últimas consecuencias y más allá del mero rechazo de la arbitrariedad, contemplando el principio democrático pero también otros principios constitucionales relevantes bajo una interpretación sistemática.

James THAYER⁶⁷⁶, y otros tantos en su senda, han planteado como criterio dirimente de dudas sobre la compatibilidad de Constitución y ley el *in dubio pro legislatore*, innecesariamente presentado como una «presunción de constitucionalidad de la ley» desde un enfoque conservacionista desde el comienzo⁶⁷⁷. Se preconiza así la dignidad democrática del acto legislativo como factor determinante, que viene a coincidir con un control jurisdiccional ligado exclusivamente a la interdicción de la arbitrariedad -de ausencia de una duda razonable-.

Entiendo más justificado bajo una interpretación consistente de las Constituciones contemporáneas -con importantes argumentos de *lege lata* en España y Uruguay⁶⁷⁸- pero también de optimización normativa desde las piezas centrales del constitucionalismo⁶⁷⁹, considerar los niveles de convicción sobre las posibles soluciones y diferenciar supuestos según la materia de que se trate en atención a todos los criterios que puedan resultar aplicables, que incluyen pero no se agotan en una deferencia hacia el acto legislativo.

El principio democrático opera como un elemento contextual a tener en cuenta pero no como el único que por esa vía debe considerarse en la interpretación constitucional. Puntualmente, además de sentarse un campo de desarrollo legislativo de bienes constitucionales -el referido margen o marco-, la Constitución también impone deliberadamente un límite al legislador sobre mínimos de dignidad humana. El «contenido esencial» o los «derechos inherentes a la personalidad humana», en los

⁶⁷⁶ James B. THAYER: “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, VII, N3, October 25, 1983, págs. 129 y ss.

⁶⁷⁷ Véase algo más sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes el subcapítulo V.6.

⁶⁷⁸ Buena parte de ellos fueron analizados en el Capítulo IV, cabe remitirse a lo allí indicado.

⁶⁷⁹ Léase de pretensión de equilibrio entre democracia y derechos fundamentales de acuerdo a la justificación intentada en el Capítulo II.

términos de la Constitución española o de la uruguaya respectivamente. En la apreciación de ese límite, en el que por mandato constitucional se impone un especial escrutinio sobre el legislador, no parece tener demasiado sentido que ante la más mínima duda -en lo absoluto infrecuente en casos sobre «derechos»-, sea la solución objeto de control la que de cierto modo determine sus límites. Si se le impone al legislador un límite específico es porque lo que se encuentra más allá de él es objeto de protección constitucional, tanto como lo es el carácter democrático de la ley.

En el otro extremo, al criterio *favor legislatoris* podría oponerse en dirección contraria el *favor libertatis*⁶⁸⁰ o el «principio protector». Sin embargo, no creo que corresponda ni sea útil insistir en estos casos en pronunciarse a favor de criterios que se contrarrestan⁶⁸¹ en busca de atajos generales. Debe en su lugar llegarse con la interpretación hasta el final del camino, salvo que ello resulte realmente imposible para el intérprete por identificar un caso de absoluta paridad, en un improbable supuesto de discrecionalidad en sentido fuerte (*ut supra* III.2.1.4). Si la convicción del intérprete luego de efectuar una adecuada interpretación constitucional inclina la balanza en el sentido de alguna de las interpretaciones razonables -incluyendo a tales efectos la consideración del principio democrático, pero no exclusivamente a éste-, entonces el juez deberá adoptar tal solución, que no necesariamente será la coincidente con la legislativa.

En similar sentido parece pronunciarse ALONSO GARCÍA, al mencionar a los derechos fundamentales como excepción a la deferencia fuerte que postula como solución general sobre el control de la legislación. Únicamente en estos casos admite que el Tribunal pueda actuar en la «zona de penumbra»⁶⁸².

Es posible sostener que en la visualización de una relativa paridad entre soluciones interpretativas por el intérprete jurisdiccional, sustraída la consideración del principio democrático, éste opere luego como determinante de la solución -v.gr. en casos realmente difíciles que supongan intensas y persistentes dudas en la delimitación de dos derechos en sentido fuerte-. Pero podría lo mismo sostenerse en relación con otros criterios, construyéndose el escenario de paridad considerando el juego del

⁶⁸⁰ Sobre este criterio véase Raúl CANOSA USERA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, págs. 212 y 213. En el sentido de la aplicación del *favor libertatis* en desmedro del *favor legislatoris*, entre otros, se pronuncian GUARIGLIA y RISSO. Véase al respecto Carlos GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, pág. 209 y Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, págs. 153 y ss.

⁶⁸¹ AFONSO DA SILVA también considera que se trata de criterios unilaterales y demasiado simplistas para tener algún valor en casos difíciles. Virgílio AFONSO DA SILVA: Ob. Cit., págs. 12 y 13.

⁶⁸² Enrique ALONSO GARCÍA: Ob. Cit., pág. 128.

principio democrático y excluyendo otro -por ejemplo, el principio de igualdad- y adjudicando a este último el rótulo de determinante.

Por otra parte, con cierto pragmatismo, no parece demasiado plausible que un magistrado que llegue genuinamente a la convicción de que se está atentando contra la dignidad del ser humano se abstenga de resolver en el sentido tutelar por reconocer que la amplitud de las disposiciones permiten arribar a una solución razonable aunque menos convincente. En esta particularmente axiológica materia sostener que ante la mera existencia de una duda debe privilegiarse la solución coincidente con la legislativa parece conducir a evitar una argumentación sincera del juez. Se dificulta de esa manera una adecuada valoración de la corrección de su conclusión y de sus razones. Me temo que la alternativa para llegar a un resultado anhelado y difícilmente sacrificado, por lo que significa, pues en su concepción de la Constitución se violentaría la esencia del ser humano, no sería otra que afirmar que no existe en el caso duda alguna, ni interpretaciones razonables posibles, atentándose así contra la sinceridad y la riqueza del debate público.

En relación con cláusulas que refieren a «derechos» y bienes constitucionales, en suma, debe en la tarea interpretativa escindirse según la solución contenida en la normativa legal refiera a una maximización de bienes o a la mínima manifestación del bien conectada con la noción de dignidad del hombre. En un caso debe reconocerse un considerable margen de apreciación legislativa y, en el otro, debe admitirse una mayor incidencia de la última palabra de los jueces -en un sentido sustancial además de en el inevitable sentido formal-. El principio democrático tendrá en la interpretación, en lo respectivo, una importancia significativa y una moderada y residual.

En el segundo caso, la deferencia a la solución legislativa debe pesar exclusivamente en la extraordinaria decisión de casos de verdadera paridad al final de una interpretación constitucional exhaustiva sin su consideración, como un último recurso ante ausencia de convicción del intérprete. En el primer caso, la deferencia es la regla, aunque ello no significa que pueda asumirse en forma previa al análisis constitucional. Obsérvese que desde que se admiten soluciones constitucionales alternativas, si bien puede plantearse que la Constitución terminó resultando interpretada en el sentido de la concretización legislativa, en realidad parece más atinado directamente afirmar que de las disposiciones constitucionales se deriva un marco y no la específica solución.

Fuera de la materia de los «derechos», si se quiere la más problemática, tampoco se justifica adjudicar en forma apriorística a la deferencia al acto legislativo un sitio de privilegio de antemano. A diferencia del escenario de bienes y derechos, en el que la apertura es deliberada y el marco legislativo una cuestión derivada de una interpretación sistemática de la Constitución, respecto de las formulaciones de la parte orgánica la apertura por lo general no se justifica.

Excluidos los supuestos de arbitrariedad, ante un caso de interpretaciones razonables puede resultar que si el intérprete vislumbra una relativa paridad sin consideración del principio democrático, incorporado este último en la tarea interpretativa de contextualización la deferencia al acto legislativo opere como determinante de la solución. Pero también aquí, respecto de disposiciones que expresan normas estructurales⁶⁸³, aunque con menor frecuencia, basta con que entre en juego otro principio constitucional a delimitar para que se genere una corriente en sentido contrario. Así, *v.gr.* si se trata de una disposición constitucional en la que tenga relevancia la separación o división de poderes como principio de organización, no existen razones para preferir en casos de duda sin más la deferencia por la actuación legislativa. Es más, parecería que ante una situación como la referida admitir tal preferencia por la solución legislativa implicaría un desequilibrio injustificado a favor del Poder Legislativo.

Para culminar, debe indicarse que una versión fuerte sobre la «interpretación de la Constitución conforme a la ley» implica trivializar nada más ni nada menos que el mecanismo de control jurisdiccional de actos legislativos. Dicha postura no se condice con las soluciones de Derecho positivo consideradas sistemáticamente -nuevamente cabe remitir al ordenamiento jurídico español y al uruguayo⁶⁸⁴- ni con la fundamentación que, según entiendo, mejor apacigua la tensión entre democracia y derechos en el constitucionalismo contemporáneo. Como bien sostiene FERRERES COMELLA, en tiempos de normalidad no abundan las leyes manifiestamente inconstitucionales y restringir la declaración de inconstitucionalidad en una materia

⁶⁸³ Manuel ARAGÓN REYES: “Tipología de las normas constitucionales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Ob. Cit., págs. 204 y 205.

⁶⁸⁴ En ninguno de los ordenamientos se establece que la inconstitucionalidad únicamente puede declararse en casos manifiestos. A su vez, también los aspectos procesales coadyuvan en el sentido indicado, se prevé que el juez de oficio cuestione la constitucionalidad de la ley, es decir, sin que las partes lo verifiquen, siendo que si fuese manifiesto el interesado por lo general debería verificarlo. Por su parte, en lo que refiere a la sentencia, basta con el voto de la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte de Justicia para fallar en el sentido de la inconstitucionalidad, admitiéndose discordias o votos disidentes.

controvertida como la de los «derechos» a los casos de inconstitucionalidad indudable supone negar la existencia de la institución erigida⁶⁸⁵.

La desnaturalización del control jurisdiccional sobre derechos por la vía de sentar pautas interpretativas que operen como restricciones de los jueces, termina por trasladar en lo sustancial el punto nuevamente al inicio, al cuestionamiento sobre la conveniencia de una Constitución rígida, material y abierta, dotada de fuerza normativa y con un mecanismo de control jurisdiccional de las leyes. Nuevamente en esta posición, debe brevemente reiterarse la justificación ensayada principalmente en el Capítulo II, básicamente estructurada sobre los siguientes fundamentos:

(a) la razonabilidad de discernir cuestiones de decisión ordinaria y extraordinaria.

(b) la retroalimentación entre democracia y derechos abstractamente consensuados en la comunidad que operan como sus precondiciones.

(c) la contribución de la revisión jurisdiccional a la deliberación y al debate público, en el seno del Poder Legislativo y fuera de él⁶⁸⁶, como un aspecto importante bajo una concepción de la democracia que no se agota en la regla de la mayoría;

(d) la singular posición de los órganos jurisdiccionales, que conocen de casos consumados, que el legislador con vocación de generalidad en su producción normativa pudo no contemplar, y que en principio están menos influenciados por intereses sectoriales y por el juego de la política -del *pacta subjectionis*-;

(e) la ajenidad en el ejercicio del poder de los Parlamentos que justifica alguna forma de control ordinaria; y

(f) la reserva de la última palabra al Poder de reforma en la contienda de moralidad generada y no dirimida entre legislador y jueces, que debería estructurarse con cierta asequibilidad -para que el planteamiento no sea una quimera- pero a la vez operar como la instancia democrática más acabada, asegurando también con ello un mínimo de estabilidad razonablemente anhelada⁶⁸⁷. Con el control de constitucionalidad el proceso deliberativo se potencia, más allá del procedimiento de reforma que se establezca, lo cierto es que se incentiva la deliberación parlamentaria, una posible deliberación jurisdiccional con su particularidad enfoque y con ellas la de la comunidad.

⁶⁸⁵ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 196.

⁶⁸⁶ Ronald DWORKIN: “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios*, Ob. Cit., pág. 101. También véase Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit. pág. 172.

⁶⁸⁷ Evidentemente no es posible aquí solucionar el diseño del mejor procedimiento de sanción o reforma de actos constitucionales, simplemente se indican unos trazos absolutamente elementales.

6. Presentación y crítica de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

Ante una pluralidad de concepciones sobre la denominada presunción de constitucionalidad de las leyes⁶⁸⁸, sin perjuicio de una inevitable referencia a algunas acepciones que se cuestionarán tangencialmente para descartarse, se intentará presentar su mejor versión, para luego sí destinar a esta última las críticas más intensas, que se dirigen fundamentalmente a demostrar la imprecisión y futilidad de la categoría.

Con cierta abstracción, es dable en una primera aproximación definir a la presunción de constitucionalidad de las leyes como un criterio o pauta interpretativa para, con pretensión de potenciar su conservación, más o menos estratégica dependiendo de la intensidad proclamada de una duda interpretativa, descartar el conflicto entre normas constitucionales y legales. Necesariamente consiste en un determinado manejo de la interpretación de los enunciados que las contienen. Se trata en puridad de una preferencia en escenarios de duda por ciertas interpretaciones legales y constitucionales, según el caso, con la finalidad de evitar el conflicto y su solución mediante la desaplicación, derogación o anulación de la disposición o norma subordinada.

En general se avanza todavía más y se especifica, en la línea trazada por THAYER⁶⁸⁹, que basta con que exista una duda razonable sobre la incompatibilidad, sin incorporar al examen un cuestionamiento sobre los niveles de convicción o razonabilidad sobre las interpretaciones posibles, para que proceda sin más dirimirla en el sentido de las interpretaciones que determinen que la ley resulte ajustada a la Constitución. En términos intercambiables, se postula la identificación de la «presunción» con una exigencia de que la inconstitucionalidad deba aparecer como clara, manifiesta o inequívoca para que sea así declarada o propuesta⁶⁹⁰. DE LORA, en

⁶⁸⁸ Véase un completo repaso de las posiciones sobre la temática en la doctrina uruguaya en Carlos GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Ob. Cit., págs. 29 y ss. Véase también Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, pág. 158.

⁶⁸⁹ James B. THAYER: Ob. Cit. Loc. Cit.

⁶⁹⁰ THAYER es particularmente contundente al respecto al señalar que «*The validity of the law ought not then to be questioned unless it is so obviously repugnant to the constitution that when pointed out by judges, all men of sense and reflection in the community may perceive the repugnancy*» «La validez de la ley no debería ser cuestionada a no ser que sea tan obviamente contradictoria con la Constitución que, una vez relevada por jueces, todos los hombres sensatos y reflexivos de la comunidad puedan percibir la contradicción» (La traducción me pertenece), James B. THAYER: Ob. Cit., pág. 142, Véase también, entre otros, Ignacio DE OTTO: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ob. Cit., pág. 148; Miguel Ángel SEMINO: «La justicia constitucional», en *Práctica Constitucional*, FCU, Montevideo, 1983, pág.

una propuesta prescriptiva, no sólo defiende al «thayerismo» sino que, además, presuponiendo la existencia de órganos jurisdiccionales pluripersonales, propone respaldar institucionalmente la presunción en sentido fuerte. Así, sostiene la conveniencia de que únicamente pueda resolverse la inconstitucionalidad de la ley mediante decisiones que cuenten con el voto unánime del tribunal, asumiendo que el desacuerdo de alguno de sus miembros es manifestación de una duda razonable⁶⁹¹.

No obstante, es conceptualmente posible una tesis menos estricta, que propugne la opción por la solución conservadora de la norma legal en casos de paridad -o de cierta paridad- entre alternativas interpretativas, de dudas persistentes «al final del camino» entre interpretaciones más o menos razonables, estableciéndose una concepción más moderada de la presunción⁶⁹². Buena parte de las discusiones sobre esta última son precisamente sobre su gradación y la definición inicialmente propuesta es deliberadamente amplia para comprender las diferentes posturas.

Es incluso posible sostener un esquema de diferentes niveles de intensidad de la duda según la materia, es precisamente esto lo que he intentado sostener al diferenciar cuestiones de derechos y de políticas. En función de ello, cabrá determinar si basta con que se presente una duda razonable del intérprete jurisdiccional o si deben considerarse mejores o peores justificaciones dentro de las disyuntivas razonables para calibrar la incidencia del criterio de conservación de la norma legal. Desde otra mirada, en este último caso, la preferencia por el mantenimiento de la norma legal es un criterio que debe ponderarse con otros también de raigambre constitucional, resultantes de una interpretación sistémica de la Carta en su conjunto.

Resta continuar el análisis de la «presunción», refiriendo ya no a la intensidad de la duda, sino a su objeto. En este sentido la dubitación sobre la inconstitucionalidad de la ley que sirve de base de la categoría, necesariamente responde a una duda sobre la interpretación de la ley -de disposiciones legales-, de la Constitución -de disposiciones constitucionales- o de ambas. Con agudeza FERRERES COMELLA ha enseñado que la presunción de constitucionalidad de la ley, que en una versión moderada defiende como mecanismo de matización democrática del sistema de justicia constitucional, funciona en un doble sentido. Es decir, en cualquier escenario de duda sobre la compatibilidad

115; Daniel OCHS: “Algunos aspectos del instituto de Declaración de Inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, número 10, FCU, Montevideo, 1997, pág. 160; Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI: *Declaración de inconstitucionalidad de Actos Legislativos*, FCU, Montevideo, 2005, pág. 62.

⁶⁹¹ Pablo DE LORA: “La posibilidad del constitucional thayerano”, en *Revista DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 23, 2000, págs. 49 y ss.

⁶⁹² Víctor FERRERES COMELLAS: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 197.

entre Constitución y ley, sea que ésta consista en una duda sobre el significado de la disposición constitucional, sea que ésta consista en una duda sobre el significado de la disposición legal⁶⁹³.

En caso de indeterminación del enunciado legislativo, la «presunción» operaría en forma parcialmente coincidente con la interpretación conforme a la Constitución previamente estudiada en el subcapítulo V.4. Comprendería únicamente el supuesto en el que las alternativas razonables de interpretación del texto legal incluyen al menos una solución incompatible con la Carta y no el caso de diversas alternativas compatibles⁶⁹⁴.

Por su parte, cuando la duda se genera en torno a una interpretación de la Constitución, no se trataría ya de interpretación de la ley conforme a la Constitución sino precisamente de lo contrario, de la aparente «interpretación de la Constitución conforme a la ley». Es en este sentido que CAJARVILLE PELUFFO sostiene que la interpretación de la ley conforme a la Constitución y la presunción de constitucionalidad de las leyes aparecen como antitéticas⁶⁹⁵. Cabe aquí remitirse a lo indicado previamente en el subcapítulo V.5 y a las disquisiciones allí realizadas.

Efectivamente, la denominada presunción de constitucionalidad de las leyes consiste en una manifestación específica del criterio favor *legitimitatis* o del -entiendo idéntico- principio de conservación de las normas, concretamente referente a la ley y en virtud de su relación de subordinación normativa con la Constitución. Su fundamento se ubica en la seguridad jurídica -con la finalidad de evitar el *horror vacui*⁶⁹⁶-, en la vocación de consistencia sistémica del ordenamiento y, como particularidad de la ley, también en el respeto y deferencia al acto legislativo -en el principio democrático-.

Debe tenerse presente que el respeto que viene de mencionarse se lesiona si en nombre de la tutela del acto legislativo se efectúan interpretaciones forzadas y para preservarlo, en verdad se lo altera⁶⁹⁷. Del mismo modo, se vulnera la Constitución y su

⁶⁹³ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, Ob. Cit., pág. 131. Luego se enfoca en el caso de dudas sobre la interpretación del texto constitucional que es el que más interesa a los efectos de su trabajo (véase, por ejemplo, lo señalado por el autor en la página 148).

⁶⁹⁴ Es en atención a estos casos que destacadísimos autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA equiparan presunción de constitucionalidad de las leyes e interpretación de la ley conforme a la Constitución. Esta concepción de la presunción, considerada aisladamente, coincide con la segunda noción del elenco de acepciones planteado por RISSO FERRAND. Martín RISSO FERRAND: *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Ob. Cit., pág. 159.

⁶⁹⁵ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., pág. 354.

⁶⁹⁶ Sobre estos criterios véase Raúl CANOSA: *Interpretación constitucional y fórmula política*, pág. 206. Sobre una crítica al temor al vacío, véase lo indicado en el subcapítulo V.4.1

⁶⁹⁷ Véase en el mismo sentido Giusi SORRENTI: “La Costituzione “sottintesa””, ponencia presentada en el Seminario titulado *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Roma, el 6 de

supremacía si con el pretexto de conservar la ley es la primera la que resulta forzada. El punto de partida en ambos casos debe ser un verdadero panorama de dudas en la interpretación de las disposiciones.

Se indicó en la aproximación inicial que se entenderá a la «presunción de constitucionalidad de las leyes» como un problema interpretativo, de la Constitución y de la ley, en otras palabras, estrictamente de estructura de la argumentación sobre la atribución de significado a disposiciones normativas. Sin embargo, la noción de presunción se utiliza frecuentemente entre los juristas para referir a la inexistencia de necesidad de probar determinados hechos, justamente, por presumirse ciertos, estableciéndose la carga de aportación de prueba en contrario al interesado en contradecir lo presupuesto. No se suele utilizar para referir a la determinación de la normativa aplicable a un caso. En su sentido estricto, podría admitirse en materia de inconstitucionalidad de las leyes una presunción en los casos de desajustes genéticos, de inconstitucionalidad por razones de forma⁶⁹⁸. Así, si se siguió o no regularmente el procedimiento de elaboración de las leyes constitucionalmente previsto es una cuestión puramente de hecho. Por ejemplo, para determinar si se alcanzó o no una determinada mayoría exigida por la Constitución debe conocerse la cantidad de parlamentarios que efectivamente votaron en el sentido de sancionar la ley.

Pese a lo señalado, no es en este aspecto en el que se concentran los estudios sobre el tema. La presunción de constitucionalidad de las leyes se maneja como una presunción de validez o legitimidad del Derecho –a través de interpretaciones- y es, por cierto, el enfoque que interesa en una tesis sobre interpretación de disposiciones constitucionales y legislativas. Es evidente que la supuesta «presunción» no podrá ser de tipo absoluto en este sentido interpretativo, de lo contrario lisa y llanamente se suprimiría el control de constitucionalidad y la normatividad de la Constitución, de ello se sigue que admite argumentación -no prueba- en contrario, invocada por las partes o por el magistrado competente.

Debe negarse a la «presunción» ciertos enfoques relacionados con la carga de invocación procedimental por las partes, aunque sea relacionada con argumentos sobre

noviembre de 2009, publicado en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Sorrenti_definitivo_6112009.pdf, págs. 45 a 48.

⁶⁹⁸ Véase Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., págs. 350 y 351.

la interpretación adecuada del Derecho y no con pruebas⁶⁹⁹, en tanto se da de bruces con el principio de *iura novit curia*⁷⁰⁰ y definitivamente pierde todo posible sentido en sistemas que admiten la declaración o la proposición de declaración de inconstitucionalidad de oficio⁷⁰¹. Va de suyo que cada parte en el proceso propondrá la interpretación de la Constitución y de la ley que entienda más adecuada y que el juez hará lo propio para fundamentar de la manera más convincentemente posible su fallo.

Es dable preguntarse en qué sentido, entonces, todavía puede justificarse la idea de presunción en una cuestión propiamente jurídica. Como se ha venido indicando, la «presunción» en definitiva consiste en un criterio de interpretación o, mejor aún, de solución de dudas interpretativas sobre la ley y sobre la Constitución, que postula el triunfo de la opción de interpretación razonable que determine la compatibilidad entre ambas.

Los fenómenos aquí descritos, sin perjuicio de los aspectos criticados, no son otros que los estudiados en los subcapítulos V.4 y V.5. Sin embargo, su presentación como una presunción que aglomera ambos supuestos bajo un afán de conservación, si bien no es insostenible⁷⁰², es imprecisa y nada aporta. Exige una distinción con una verdadera presunción sobre hechos que puede sostenerse en casos de inconstitucionalidad por razones de forma, supone una exclusión de su eventual manifestación en materia de cargas procedimentales, y desvía la atención de lo que principalmente importa, que se trata de un problema de interpretación sistemática antes que de conservación. Se arriesga así perder de vista un análisis de escenarios de interpretación de la ley, teniendo en cuenta como se incardinan las soluciones constitucionales en el método de interpretación de la ley, y de interpretación constitucional, que solo bajo una concepción institucionalmente inconsistente y muy extrema de la deferencia al acto legislativo puede defenderse en todos los casos.

FERRERES COMELLA, que propone partir de una presunción moderada de constitucionalidad de la ley, plantea además un elenco de casos en los que la presunción

⁶⁹⁹ Así lo propone en la doctrina uruguaya SÁNCHEZ CARNELLI: Ob. Cit. Loc. Cit.

⁷⁰⁰ Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: “Supremacía constitucional e interpretación”, en Ob. Cit., pág. 353.

⁷⁰¹ Tal es el caso del sistema español –según se dispone en los artículos 163 de la Constitución Española y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al regularse la cuestión de inconstitucionalidad- y del sistema uruguayo –artículo 258 de la Constitución y 509 numeral 2 del Código General del Proceso-.

⁷⁰² En sentido contrario, AFONSO DA SILVA plantea que no es posible la trasposición de la presunción diseñada para resolver cuestiones fácticas al tratamiento de cuestiones jurídicas. Virgilio AFONSO DA SILVA: Ob. Cit., pág. 14.

se perdería -ante la falta de respaldo del Parlamento democrático actual⁷⁰³-, otros en los que se fortalecería -por participación directa del electorado en la sanción del acto⁷⁰⁴ o ante un grado de consenso parlamentario y extraparlamentario⁷⁰⁵-, e incluso otros en los que, más radicalmente, se invertiría la presunción. Es decir, presenta casos en los que lo que se presumiría no sería la constitucionalidad sino la inconstitucionalidad de la ley -supuestos de afectación de derechos de grupos social y económicamente vulnerables⁷⁰⁶ y de restricción de derechos de participación política⁷⁰⁷-.

Nótese que si de antemano debe cuestionarse inevitablemente, por la vía de la interpretación, si por la materia o por el alcance aplica o no la presunción, en realidad pierde sentido utilizarla como tal. Desde que se asume el carácter condicionado de la «presunción», que entraría a jugar recién una vez iniciada la actividad interpretativa, se erosiona todavía más su justificación conceptual, que complejiza lo que no es más que el recurso a criterios de interpretación de la ley y de la Constitución, conforme una teoría consistentemente hilvanada desde esta última.

A estos cuestionamientos cabe adicionar uno final, fundamentalmente suasorio pero no por ello menos importante. La concepción como «presunción» de un fenómeno que puede ser más simplemente presentado como un criterio de interpretación de la ley y otro de la Constitución, parece contribuir a sugestionar el razonamiento del intérprete por partir de una posición asumida. No parece conveniente, más allá de la admisión de criterios para dirimir dudas y su intensidad, conspirar preliminarmente en algún sentido contra una apreciación genuina de las disposiciones.

⁷⁰³ Víctor FERRERES COMELLA: *Justicia constitucional y democracia*, págs. 199 y ss.

⁷⁰⁴ IBÍDEM, págs. 207 y ss.

⁷⁰⁵ IBÍDEM, págs. 250 y ss.

⁷⁰⁶ IBÍDEM, págs. 220 y ss.

⁷⁰⁷ IBÍDEM, págs. 244 y ss.

VI CONCLUSIONES

(1) La distinción formal entre Constitución y ley se basa en la existencia de procedimientos diferenciados para su elaboración, bien por reconocimiento social de la respectiva correlación entre actos y mecanismos, bien, además, por su establecimiento formal expreso en tal sentido. En los sistemas jurídicos que se estructuran a partir de Constituciones formales se reconoce una relación de jerarquía por la fuente entre los diferentes actos jurídicos, que parte de una supremacía constitucional y que, en lo que aquí concierne, opera de tal forma que la validez o excepcionalmente sólo la eficacia de la ley depende de su adecuación a la Constitución.

La relación entre procedimiento y jerarquía se construye consistentemente a partir de una serie de requisitos para el perfeccionamiento de los actos constitucionales, que se conciben con vocación de mayor exigencia y legitimidad democrática que los dispuestos para el perfeccionamiento de actos legislativos, y que se justifican en tanto resulten más adecuados para el tratamiento de determinadas materias.

(2) El modelo referido, que caracteriza a la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, distingue por su forma, valor y fuerza actos jurídicos y no otra cosa. Así, no se cuestiona que las Constituciones formales son estrictamente normativas, contienen ante todo normas jurídicas susceptibles de alguna forma de aplicación jurisdiccional.

(3) No obstante lo indicado, el alcance normativo de una Constitución podrá ser uno u otro dependiendo del tipo de normas que la compongan. Según contenga exclusivamente normas que confieren potestades para la creación normativa o también normas de regulación de la conducta, y según los destinatarios de las mismas sean exclusivamente los poderes públicos u otros sujetos públicos y privados.

Aunque no es correcto afirmar que las Constituciones del modelo predecesor al actualmente difundido no eran normativas, efectivamente existe respecto de ellas una diferencia significativa de alcance en el sentido indicado. Por alteraciones en la interpretación de textos normativos incambiados o bien por modificaciones de Derecho positivo, se generalizó una ampliación considerable del alcance normativo de las

Constituciones, principalmente por el reconocimiento de derechos jurisdiccionalmente exigibles por sus titulares.

De un modelo más procedimental, fundamentalmente conformado por normas secundarias y dirigido a los poderes públicos -preponderantemente al legislador-, se transitó hacia un modelo material, de normas secundarias pero también de normas de obligación, dirigidas a los poderes públicos y a los individuos.

(4) La expansión referida del alcance constitucional, especialmente intensa en la medida en que los derechos y fines que las Constituciones consignan se formulan con significativa apertura, conlleva un reposicionamiento de la ley y consecuencias de importancia en el funcionamiento institucional. Se impone así una revisión funcional de la legislación y de la jurisdicción, pues las disposiciones constitucionales y legales pasan a conformar materiales jurídicos que pueden superponerse y cuya interpretación resulta necesaria para la solución de casos jurisdiccionales.

(5) De acuerdo con su específico ámbito de aplicación las normas constitucionales son exigibles y conforman el Derecho positivo en el que los magistrados deben necesariamente basarse para resolver y fundamentar sus fallos.

De identificarse únicamente disposiciones constitucionales como relevantes para la solución de un caso, en un escenario infrecuente, éste debe sin más resolverse conforme a la norma resultante de su interpretación. De presentarse disposiciones constitucionales y legislativas a considerar en su concurrencia para la solución de un caso, como frecuentemente sucede, debe efectuarse una interpretación sistemática de ambos textos, sustentada en el principio de unidad del ordenamiento.

En este análisis es necesario tener en cuenta que las disposiciones constitucionales, por su supremacía, deben ser parámetro para la atribución de sentido de las disposiciones legales: la denominada interpretación de la ley conforme a la Constitución, pero que en principio no es admisible la relación inversa.

Por su parte, en supuestos de antinomia verificada, una vez ejecutada una interpretación adecuada de las formulaciones de ambos rangos normativos, debe imponerse la norma constitucional -directamente por el juez de la causa o por su intermedio por el juez con competencia constitucional específica-. Esto supone desaplicar, desconocer en virtud de su nulidad, anular o considerar derogada la norma legislativa concurrente, en aplicación del criterio de jerarquía (*lex superior*) o

bien de jerarquía en combinación con el de temporalidad (*lex posterior*), según ésta sea posterior o anterior en el tiempo al acto constitucional en cuestión y en función del tratamiento que se confiera a la disposición o norma legislativa ilegítima en el sistema.

(6) Debe insistirse en que desde que se postula la conveniencia de un sistema que se conforme por actos diferentes -constitucionales y legales-, confeccionados a través de procedimientos diversos de decisión colectiva, es necesario proporcionar razones sobre la existencia de materias que justifiquen un tratamiento diferenciado. Así, tiene sentido la Constitución formal en la medida de su coincidencia con una Constitución en un sentido material.

En el constitucionalismo se identifica la materia constitucional con normas estructurales sobre el aparato estatal, que determinan una limitación y contención del poder mediante un sistema de contrapesos y, en estrecha relación, con normas de obligación que establecen un elenco de derechos asentados en la noción de dignidad humana. En otras palabras, se trata en definitiva del contenido constitucional postulado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, separación de poderes y derechos.

La conveniencia de la garantía constitucional que la técnica de la rigidez confiere debe apreciarse puntualmente sobre este contenido, especialmente en atención normas constitucionales materiales, de derechos y fines, enunciadas en forma abierta.

(7) Renovadas críticas a la rigidez, principalmente en materia de derechos, apuntan por un lado contra el procedimiento de elaboración de las normas constitucionales –desde frentes opuestos, por partidarios de la petrificación y de la flexibilidad- y, por el otro, exclusivamente por los partidarios de la flexibilización, contra el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

(8) Las vertientes críticas de la Constitución formal plantean como sus principales argumentos la obstaculización que supone a la toma de decisiones colectivas sobre temas relevantes por parte de las generaciones futuras -«el argumento de las generaciones»- y la superioridad del procedimiento parlamentario y la regla de la mayoría simple para regular las cuestiones de derechos -«el argumento de la igualdad de poder de voto»-.

(9) El problema que se encuentra detrás del «argumento de las generaciones», la ausencia de coincidencia exacta entre participantes en la conformación de la voluntad política de la comunidad y los destinatarios obligados por las normas resultantes de cada manifestación, es siempre inevitable. El fenómeno no puede impedirse en tanto el Derecho, más aún el constitucional, tiende a una estabilidad mínima -pues su objeto primordial es dirigir conductas futuras- mientras que las comunidades se ven alteradas en su conformación de tiempo en tiempo.

Se complementa este cuestionamiento invocando una desigualdad entablada entre la generación que supuestamente sin constreñimientos procedimentales dispuso la rigidez y quienes deben someterse a las pautas formales dispuestas. No parece, sin embargo, tampoco por este camino agregarse demasiado. En primer lugar, porque debería acreditarse que el procedimiento originalmente adoptado fue verdaderamente libre, distinto y menos engorroso que el establecido. En segundo lugar, porque la situación fundacional es en verdad distinta que la de una comunidad organizada. En tercer lugar, porque la existencia de un procedimiento apunta a facilitar las cosas evitando las discusiones sobre el mismo, si no lo hace el problema es en puridad su específico diseño y no su mera existencia. Por último, una crítica como la referida conduce a renegar de la propia legislación y de toda regulación formal para la creación del Derecho.

Lo que en verdad parece cuestionarse con el argumento de las «generaciones» es que el procedimiento dispuesto puede resultar demasiado pesado o inadecuado para razonablemente contemplar los cambios de concepciones en la comunidad política. Así las cosas, debe dirigirse la objeción contra procedimientos excesivamente pesados de enmienda constitucional.

(10) También se fustiga la rigidez sustentándose que el procedimiento parlamentario por regla de la mayoría simple, que constituye por antonomasia el mecanismo de elaboración de actos legislativos, es desde una postura igualitaria el más adecuado para regular y resolver sobre cualquier asunto público, incluso sobre derechos en sociedades plurales. Es justo decir que quienes con más ahínco sustentan esta tesis no justifican demasiado la conveniencia de que la decisión sea necesariamente parlamentaria -pues no incursionan en una teoría de la representación política- y que dirigen sus objeciones contra ciertos modelos de rigidez -generalmente contra el modelo estadounidense- pero no contra toda concepción posible sobre la rigidez. Debe por tanto enfocarse

adecuadamente la crítica, pues el argumento repudia puntualmente la rigidez que se valen de la decisión por mayorías especiales, pero no alcanza a otros mecanismos igualmente posibles como las cláusulas de enfriamiento o la decisión por mayoría simple efectuada por el cuerpo de ciudadanos.

La regla de la mayoría es efectivamente la única que confiere igualdad en el poder de voto de los participantes, pero existen otros factores también atendibles a considerar que sugieren al menos considerar también seriamente las bondades de la exigencia de mayorías especiales. No se propone aquí postular su necesaria conveniencia sino contribuir a demostrar sus descuidados aspectos favorables.

Si se parte de un escenario de pluralidad de decisiones en el tiempo -no uno estático de decisiones aisladas- y de una tendencia observable a la agrupación por bloques para conformar mayorías, establecer en ciertos casos una suerte de poder de voto potenciado al sector minoritario lejos está de ser descabellado. Parece contribuirse así a una mejor consideración de sus posiciones y en definitiva a un debate más robusto en la generalidad de los casos. También merece levemente relativizarse la entidad de la ventaja que se genera en beneficio de ciertas minorías, pues incide en un único sentido, como veto de lo novedoso y mantenimiento del *status quo* que determinó su posición política minoritaria.

Además de lo indicado, en un sentido positivo y valorando su propio peso, debe apuntarse que las mayorías especiales suponen una aproximación al ideal de consenso y a la integración de una cantidad mayor de voluntades individuales en la conformación de la voluntad de la comunidad política.

(11) Por su parte, la democracia y la propia regla de la mayoría se fundan en concepciones sustanciales sobre la igualdad y la libertad de los individuos -en definitiva los «derechos»-, lo que en principio torna justificable su protección, al menos tanto como la de las reglas que en ellas se apoyan. Tales bases consensuadas del sistema son «precondiciones de la democracia», incluso en una visión reductora que la identifique con la regla de la mayoría, de manera que parece razonable conferirles ciertas garantías especiales. Tiene sentido distinguir los procesos que comprometen los cimientos de los que no lo hacen, separándose de alguna forma las decisiones extraordinarias de las ordinarias en atención a ese postulado elemental.

Así, particularmente se justifica la distinción entre Constitución y ley si la rigidez de la primera se instrumenta mediante el procedimiento que se justifique como

el más acabado sobre las bases igualitarias y liberales del ordenamiento, así garantizándolas. En democracias representativas y de partidos no parece ser la resolución parlamentaria en una única instancia y por mayoría simple el mecanismo más apropiado. Dicho procedimiento resulta adecuado para el tratamiento de cuestiones ordinarias, pero no es el mejor para la adopción de las decisiones que refieran al corazón del sistema. Pueden razonablemente encontrarse formas más genuinas, deliberativas y ricas de atribución de voluntad a una comunidad, que funcionen a la vez como mecanismos de protección de sus bases.

(12) Si se atiende no ya a la fase de elaboración de actos constitucionales sino a la de su aplicación, especialmente tratándose de Constituciones que contienen un catálogo de derechos abiertos, el cuestionamiento democrático se traslada al control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Se presenta así la denominada «dificultad contramayoritaria» del control de constitucionalidad en manos de órganos jurisdiccionales. Ante una realidad de pluralismo razonable y de desacuerdos sobre el alcance concreto de los derechos, se postula que no se justifica atribuir la «última palabra» a jueces de escasa legitimidad democrática en desmedro de la decisión parlamentaria.

Una forma de contrarrestar la referida objeción podría consistir en cuestionar la apertura de las Constituciones, pero ello conduciría nuevamente a interpelar la rigidez. Admitida su conveniencia, el modelo constitucional de detalle supone no solo limitar la actuación jurisdiccional sino también restringir demasiado o demasiado poco al legislador, además de desconocer un grado de consenso abstracto pero considerable sobre la existencia de derechos morales que merece atención. Asimismo, la Constitución de detalle puede comprometer la tutela oportuna de cambios en la comunidad que puedan destacar nuevas dimensiones o concepciones de la libertad y de los derechos.

El control jurisdiccional presenta unas ventajas intrínsecas que no pueden dejar de apreciarse. Aporta garantías de procedimiento, de imparcialidad, de argumentación explicitada en términos de derechos y un enriquecimiento de perspectiva generado por el insumo del caso concreto, destacadamente por la consideración de la realidad de un sujeto de carne y hueso que se considera efectivamente afectado.

De todas formas, la situación sería de perplejidad en términos democráticos si no fuese porque en el modelo de la dualidad la «última palabra» sobre el tema –no sobre el

caso sentenciado-, en una nueva vuelta de tuerca recae en el poder de reforma. Para que este recurso sea efectivo, el procedimiento de reforma constitucional además de ser sensiblemente más democrático que el de legislación ordinaria debe ser asequible, de rigidez moderada.

La posibilidad de que los actos legislativos resulten revisados jurisdiccionalmente supone un esfuerzo en la deliberación y en la fundamentación de las decisiones parlamentarias, y orienta también a que la función legislativa -en lo pertinente- se efectúe en clave de derechos. Se enriquece así el debate público y en un doble sentido, a nivel parlamentario y en la comunidad. En este último caso por la relevancia del cuestionamiento de la constitucionalidad de una ley en una materia de interés ciudadano, que eventualmente se dirimirá normativamente a través del poder de reforma.

(13) Existiendo un relativo consenso sobre una moralidad básica, sin la cual un sistema jurídico difícilmente se sostendría empíricamente, la sensata escisión de decisiones ordinarias y extraordinarias, respectivamente de aspectos de *pacta subjectionis* y *pacta societatis*, justifica en las democracias representativas actuales un control del legislador que ejerce su poder con ajenidad. Máxime si se toma nota de un inevitable sesgo de política partidaria en la deliberación ordinaria que debe en lo posible mitigarse. En tal sentido, la Constitución formal traza las divisiones referidas, el control jurisdiccional contribuye como primer resorte en su defensa y, en última instancia, nutrido del debate previamente generado, viene a cerrar el círculo el poder de reforma.

Como se indicó, este debe ser idealmente rígido pero realizable y estructurado con pretensión de superior calidad democrática. Se conjuga así equilibradamente la libertad de los modernos con la de los antiguos. La rigidez no se fundamenta sólo en razones de estabilidad, sino fundamentalmente de limitación del poder y de legitimidad democrática.

(14) El abordaje prescriptivo sobre la democracia dualista esbozado, de Constitución formal, material y abierta, es de utilidad para dotar de sentido el estudio de aspectos puntuales como el que se propone en esta tesis, para detectar inconsistencias teóricas y como referencia general. Pero es necesario para el análisis también precisar cada esquema a partir de la específica interpretación de una determinada Constitución. Se impone determinar así la estructura institucional que se establece y de qué forma ella

incide en la interpretación de las cláusulas constitucionales y legales que se seleccionan como relevantes para la solución de un caso sometido a decisión jurisdiccional.

(15) Independientemente de los aspectos institucionales y funcionales referidos, es igualmente crucial para esta tesis el estudio de la interpretación jurídica como género, para luego particularmente enfocarse en la interpretación constitucional y tangencialmente en la interpretación legal desde la singular perspectiva de su relacionamiento.

(16) La concepción de la interpretación jurídica más adecuada es la que la identifica como una actividad deliberada de atribución de significado a textos escritos resultantes de actos jurídicos reconocidos, por oposición a la interpretación de prácticas jurídicas. Asimismo, cabe entender como interpretación a toda actividad de comprensión y determinación de sentido de un texto normativo, independientemente de su dificultad, y no denominar de esa manera únicamente los casos en los que se verifican dudas interpretativas. Entre otras cosas, porque para determinar su existencia es necesario realizar una interpretación. Denominar a dichos supuestos de evidencia como «pre-comprensión» no representa adecuadamente a mi juicio la actividad que efectivamente se practica y que consiste en enfrentarse a un texto cuyo sentido de antemano se desconoce con el propósito de comprenderlo.

El resultado de la interpretación es también un enunciado lingüístico, de naturaleza normativa o descriptiva, según se formule una versión con propósito esclarecedor estrictamente sinonímica o se formule con igual fin una descripción de la norma atribuida. Conviene en contextos interpretativos llamar al texto objeto de interpretación «disposición» -también enunciado o formulación- y norma al resultado -prescriptivo o potestativo- de la interpretación de parte de una, una o varias disposiciones. Si bien en sustancia no cabe distinguir entre texto y significado, una diferenciación entre ambos es de utilidad a determinados efectos discursivos. Una vez que se parte de una, parte de una o varias disposiciones para individualizar una norma, quien realiza la tarea interpretativa afirma que el texto considerado significa esa y sólo esa norma. Es decir, el intérprete predica que lo que identifica al atribuir un significado, por más arduo que esto sea, es el sentido propio del texto, lo que es lo mismo que afirmar que el texto es lo que dice.

En fin, en el marco conceptual presentado, la interpretación refiere siempre a disposiciones y las normas se «derivan» de ellas en virtud de un proceso intelectual consciente. Se incorpora de esa forma la figura relevante del receptor relevante -el intérprete- y no sólo la del emisor en un fenómeno de comunicación.

(17) La enunciación de derechos con considerable abstracción y el establecimiento de normas de fin, además de una singular axiología y «politicidad», confieren a las Constituciones formales actuales una formidable vaguedad. No es cierto que todas las disposiciones constitucionales son abiertas, pues existen disposiciones muy precisas, ni que exclusivamente éstas lo sean, pues no son pocas las disposiciones legales de contenido valorativo y abstracto. De todas formas, la generalización es razonable y adecuada si se atiende a su concentración y predominio. Por cierto, en sistemas jerarquizados es esperable que las normas de mayor rango sean tendencialmente más abstractas que sus subordinadas, de lo contrario estas últimas carecerían de sentido. En definitiva, la acusada apertura de las disposiciones constitucionales sugiere el estudio de la referida nota y conduce al cuestionamiento sobre las particularidades de su interpretación.

(18) En las Constituciones contemporáneas la apertura resulta deliberadamente pretendida, su connotación axiológica es anhelada y plasmada en conceptos -por oposición a concepciones- de contenido especialmente mutable con el tiempo por la vía interpretativa. No obstante ello, cierto grado de apertura de los textos jurídicos es inevitable y determina recintos de discrecionalidad del intérprete. Las normas jurídicas en sistemas de fuentes formales se expresan en un lenguaje natural y no escapan a ciertos problemas inherentes a su utilización como la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta. De ello se sigue que cualquier crítica contra la apertura constitucional necesariamente deba ser de grado.

La ambigüedad refiere a casos en los que existen dos significados de una palabra u oración -necesariamente semántica en el primer caso y eventualmente sintáctica en el segundo-. La vaguedad refiere a casos en los que se plantean problemas de delimitación del sentido por el tipo de palabras que componen una oración o enunciado -siempre es semántica-. Por último, la textura abierta es un fenómeno de vaguedad potencial asociada a la «sorprendente realidad» y al tiempo.

Por su parte, las reglas -entre ellas las constitucionales- se expresan como mensajes generales que pueden emitirse y decodificarse por la capacidad humana de abstracción. Sería imposible en una comunidad extensa referirse a todos los casos particulares en forma específica y por ello debe acudir a clases o categorías en la comunicación.

Así, por las propias características del lenguaje y la abstracción que implica el manejo de reglas, las disposiciones que las expresan causan una relativa indeterminación en su interpretación. No puede sin embargo predicarse una indeterminación absoluta, en la medida en que incluso ante palabras o enunciados muy abstractos se presenta un «núcleo de certeza», casos paradigmáticos sin los cuales sería imposible comunicarse mediante su empleo. Debe repudiarse el escepticismo, pero también una tesis radical sobre la existencia de una solución incuestionable a todos los casos, una tesis fuerte sobre la «única respuesta correcta». La indeterminación debe calificarse como relativa, vislumbrándose así zonas de certeza -de claridad (casos necesariamente comprendidos); o de oscuridad (casos necesariamente excluidos)- y zonas de penumbra (casos de regulación dudosa).

La indeterminación de una disposición trae aparejada dudas interpretativas y éstas, a su vez, discrecionalidad del intérprete. Sin embargo, debe explicarse en qué sentido se alude a la discrecionalidad. Desde una perspectiva externa y acotada, puede sin más sostenerse que existe discrecionalidad toda vez que más de una solución puede no ser tachada por la comunidad -o por la comunidad de juristas- como irrazonable. Pero agotado el análisis en ese punto no refleja íntegramente el fenómeno. Incluso desde una mirada externa no es necesariamente correcta la lectura de que en dichos casos los magistrados actúan con «absoluta libertad». En los sistemas contemporáneos, por lo menos debe reconocerse que la decisión debe sustentarse en una fundamentación tomando en cuenta ciertos materiales jurídicos que los jueces suelen tomarse en serio.

La razonabilidad percibida por terceros que valoren la actuación del intérprete no parece suficiente, interesa la perspectiva interna del intérprete, en última instancia del jurisdiccional. No obstante las dudas iniciales ante el enfrentamiento a un texto normativo, en su propósito de determinar una solución, el intérprete suele representarse diferentes niveles de convicción sobre las interpretaciones -que serían así más o menos razonables-. En este sentido, debe distinguirse una discrecionalidad débil y una fuerte. La primera consiste en el reconocimiento de la representación preliminar de opciones y de dificultades en la solución, pero que admite niveles de convicción que deben

explicitarse sobre la base de una teoría consistente sobre la totalidad del ordenamiento y sus fundamentos en un momento determinado. La segunda se genera excepcionalmente, en supuestos en que el intérprete alcanza niveles de convicción equivalentes.

(19) Es atinado afirmar que la apertura de la Constitución y la indeterminación es pronunciada en la medida en que buena parte de las disposiciones de las secciones dogmáticas expresan «principios». No obstante, ello no responde a una estructura normativa diversa, los principios no son en su composición distintos que las normas en sentido estricto. Difieren en su mayor abstracción, ligada a su carácter fundamental y a su matriz axiológica, lo que tiende a expandir las posibilidades de dudas a su respecto. Así, entre mayor abstracción, mayores niveles posibles de concreción y alternativas de que en alguno de los pasos se generen dudas interpretativas.

Las características propias que suelen atribuírseles, de aplicación por grados, de peso relativo, de maximización de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas y de condiciones de aplicación abiertas, se explican adecuadamente bajo el modelo tradicional de las normas y su estructura. Básicamente responden a problemas de vaguedad de las disposiciones que los contienen, de coexistencia en situación de igualdad jerárquica y temporal, de interpretación sistemática y, en ciertos casos, por su confusión con las normas de fin. Independientemente de una posible vaguedad del propósito, estas últimas suelen también conferir discrecionalidad en la elección de medios para su consecución.

La categoría de los principios para aludir a las normas expresadas en disposiciones abstractas, axiológicas y fundamentales es de utilidad en el discurso de los juristas, pero no supone más que diferencias de grado en los términos de interpretación y aplicación que aquí centralmente interesan.

(20) La interpretación constitucional, como especie de la interpretación jurídica, consiste en la atribución de significado a textos, puntualmente de disposiciones emitidas mediante actos constitucionales formales, que tienden a presentar en mayor cantidad de casos ciertas particularidades como las previamente mencionadas. En tanto las notas no se deben a diferencias estructurales o entitativas, ni exclusivas de las disposiciones constitucionales, su incidencia en la precisión de un método de interpretación constitucional, que es sin dudas relevante, no pone en juego el sacrificio de los criterios tradicionales.

Es posible e incluso conveniente plantear una serie de «principios» propios de la interpretación constitucional, pero estos no son sino el resultado de una simplificación de una interpretación sistemática del conjunto de disposiciones constitucionales efectuada conforme los pasos tradicionales -los criterios de interpretación propiamente dichos-.

La insistentemente mencionada apertura de las disposiciones constitucionales exige un esfuerzo de delimitación y de consistencia, que determina un singular destaque de la interpretación sistemática. Deviene necesario conferir armoniosamente significados en el nivel de la concreción a una pluralidad de disposiciones abstractas que muchas veces aparecen como preliminarmente relevantes para la solución de un caso. En este marco es que suele referirse al criterio de la ponderación y se impone por tanto analizarla. No tiene sentido su identificación con un mecanismo de resolución de colisiones, en una fase posterior a la actividad interpretativa, ejecutada con pretensión expansiva para luego predicar antinomias y acudir a desaplicaciones. No obstante no es más que un tema de perspectivas que no incide en el resultado, conviene partir de la interpretación -no posicionarse luego de ella- y, en función de un afán de coherencia como ideal regulativo, considerar la ponderación como una actividad de delimitación.

Es menos alambicado desechar la concepción de la ponderación como un juicio que culmina con un sacrificio y en su lugar presentar el fenómeno como una consideración interpretativa sistemática, en búsqueda de «concordancia práctica» o de armonización. De ello se sigue, además, que no se trata de una técnica de aplicación que compite con la subsunción, sino de un aspecto de la interpretación que le es necesariamente anterior.

Una teoría de la Constitución, que más allá de algunos presupuestos termina de sentar lo esencial del modelo mediante una interpretación sistemática de sus propias cláusulas, constituye un prisma desde el que efectuar la interpretación de disposiciones puntuales, de utilidad para construir discursos interpretativos y consistentemente fundar soluciones incluso en supuestos de apertura.

Realizada esa tarea, verificada la posición de la Constitución en el ordenamiento y la existencia de una pluralidad de intérpretes, debe considerarse el diseño institucional y los aspectos funcionales consignados, delimitando la función del legislador y del juez con pretensión de unidad de sentido. Es decir, con la sistematicidad como norte, deben interpretarse las disposiciones que refieren a la conformación y competencia orgánica en consonancia con el resto de las disposiciones constitucionales y, en el sentido

inverso, del resto de las disposiciones teniendo en cuenta también los aspectos institucionales referidos.

(21) En tanto la Constitución es vinculante para todos los poderes públicos, se impone de su parte su interpretación. Así, en este sentido existirá necesariamente una interpretación legislativa, jurisdiccional y administrativa de la Constitución, sin perjuicio de otras no oficiales como la doctrinal o la realizada por los particulares. Son las dos primeras de las indicadas las que guardan relación con el objeto de esta tesis.

La interpretación legislativa de la Constitución es la realizada por el legislador ordinario mediante un acto legislativo formal, explícitamente y en forma abstracta, o bien implícitamente y en forma concreta, aunque de regla general y en relación a clases o categorías. Por su parte, la interpretación jurisdiccional es la realizada por jueces con el propósito de determinar la solución jurídica de un caso sometido a su consideración y resolución, es necesariamente concreta y, de regla, refiere a casos individuales y no de clases.

La interpretación legislativa, si bien implica especificación respecto de la Constitución, es todavía general y se realiza en un escenario en el que no están todas las «cartas vistas», a diferencia de la interpretación jurisdiccional, que se desempeña con conocimiento de las propiedades del caso en cuestión, sin que puedan generarse situaciones de imprevisión a su respecto por considerar eventos pasados.

Así como el legislador tiene una evidente y destacable ventaja institucional en su legitimidad democrática y plural, el juez tiene la suya en un mejor posicionamiento respecto de los problemas singulares, que deben atender aunque prefiriesen no hacerlo. Deben pronunciarse en forma inevitable en un contexto en el que las normas legislativas resultaron efectivamente implementadas, una vez que la realidad se manifestó, quizás, sorpresivamente. Una teoría consistente de la Constitución y de su interpretación debería considerar equilibradamente la dignidad democrática de la ley pero también las bondades de la perspectiva jurisdiccional.

(22) Salvo en supuestos de claridad interpretativa de las disposiciones legislativas, no puede conocerse con precisión por el intérprete jurisdiccional la interpretación legislativa de la Constitución, que no es otra que la materializada en disposiciones legislativas. En los restantes casos, existiendo margen generado por dudas no resueltas por el método de interpretación legal, corresponde interpretar la ley desde la

Constitución por razones de consistencia. Así, en esta línea puede con cierta ornamentación afirmarse que es preferible considerar que el legislador se adecuó a la Constitución -y así asumirlo-, pero en definitiva se trata de que en la interpretación jurisdiccional de la ley y de la Constitución debe apuntarse a determinar la solución mejor justificada bajo el sistema, por razones de pura y simple racionalidad.

De todas formas, en casos de consideración jurisdiccional conjunta de disposiciones constitucionales y legislativas, por identificarse ambas como materiales relevantes para la solución de un caso, los jueces en general -eventualmente con intervención de los jueces constitucionales especializados-, tienen en materia de interpretación constitucional la última palabra. La tienen con el alcance del caso respecto de la aplicación del Derecho todo, son por definición portadores de la decisión jurídica definitiva, aunque ello no significa su infalibilidad.

Así, el reconocimiento de cierta deferencia a la «interpretación legislativa» de la Constitución es en realidad el resultado de una interpretación de la Constitución que toma nota del principio democrático y del diseño institucional instaurado. Se determinan jurisdiccionalmente espacios de discrecionalidad del legislador, pero ello no supone resignación de la última palabra jurisdiccional sino en un sentido figurado, si se quiere material. La admisión de una margen de apreciación legislativa es el resultado de una interpretación final de la Constitución por el juez.

(23) En línea con cuanto viene de expresarse, debe referirse a la discrecionalidad legislativa en la configuración de la Constitución y sus límites, para así contribuir también a determinar los del intérprete jurisdiccional. Dicha tarea supone una interpretación de una Constitución determinada, aunque una teoría enteramente prescriptiva sobre las Constituciones formales en democracias representativas -como la esbozada en el subcapítulo II.3-, permite sugerir una delimitación general coincidente con la dispuesta en los sistemas que específicamente se consideraron como muestra.

Si se toma como objeto de análisis a la Constitución española y a la uruguaya, respectivamente a partir de la noción de «contenido esencial» o de «preexistencia de derechos», y asumiendo también la interdicción de la arbitrariedad, puede encontrarse en ellas un denominador común: la competencia legislativa en la maximización de bienes constitucionales con el límite de manifestaciones mínimas de dignidad humana -derechos en sentido fuerte- y de la arbitrariedad entendida como desproporción evidente.

El discernimiento básico entre cuestiones de principio -es el caso de los «derechos»- y cuestiones de política, que no deja de ser dificultoso, es un criterio elemental pero atinado para sentar la línea divisoria entre competencias de los jueces y del legislador, que a la vez se refleja en su mirada interpretativa.

En tal sentido, en las Constituciones formales contemporáneas las disposiciones sobre «derechos» deben leerse en un doble sentido. Por un lado el «contenido esencial» -en la terminología alemana o española- que sería un «derecho en sentido fuerte», oponible al legislador o, mejor aún, simplemente el «derecho». Por el otro, un derecho a la consideración igualitaria y a la no arbitrariedad en la maximización del bien mínimamente asegurado. Es más elocuente prescindir de la usual consideración del carácter escindible de un derecho o su demarcación en zonas, y en su lugar plantear que el contenido esencial es lisa y llanamente el «derecho» en el primer sentido indicado. A la vez, en tanto se confiere una tutela con tan potente alcance, paralelamente se revela que se trata de un bien que la Constitución ve con buenos ojos, cuya extensión más allá del mínimo garantizado se anhela y que, entre otras cosas, tiene relevancia en términos de interpretación sistemática.

Las pautas o criterios en esta materia particularmente escabrosa son de utilidad para determinar una solución en función de una justificación consistente, en definitiva para ordenar el razonamiento al realizar la tarea interpretativa y adquirir niveles internos de convicción, pero no pueden sobreestimarse. Los casos difíciles no dejarán de serlo por su empleo.

Por su parte, el denominado juicio de proporcionalidad, que se aplica en el control de actos legislativos, merece críticas diversas según la intensidad que se atribuya a los sub-principios que lo componen. Los dos primeros, el de idoneidad y el de necesidad, son instrumentos para apreciar la razonabilidad o arbitrariedad de la medida legislativa, que por relacionarse con medios y un fin califica como una cuestión política -de maximización de bienes-. Por dicha razón, ambos deben ejecutarse moderadamente, con propósito de descartar situaciones de ausencia manifiesta de idoneidad y necesidad. El tercer paso, de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, independientemente de los reparos que merece su concepción «conflictivista», puede según el caso considerarse como una exigencia de maximización de bienes -por lo tanto de intervención judicial también moderada, como límite a la arbitrariedad-, o bien en materia de derechos como una armonización en clave de mínimos de dignidad. Bajo

este último enfoque, de delimitación jurisdiccional de «derechos en sentido fuerte», coincidiría con la tutela del contenido esencial.

Calibrado el alcance de sus pasos en el sentido enunciado, el juicio de proporcionalidad podría formularse como comprensivo del límite de la arbitrariedad y eventualmente también de la llamada garantía del contenido esencial. No tiene por tanto que descartarse un mecanismo difundido y útil para los magistrados, pero cabe advertir que su manejo uniforme puede contribuir a perder el foco de la perspectiva interpretativa y de la distinción entre «derechos» -como mínimos- y «políticas», desdibujando con ello los roles de legislador y juez.

(24) Resta finalmente partir de las conclusiones previamente mencionadas para referir concretamente a la interpretación jurisdiccional de disposiciones constitucionales y legislativas que preliminarmente aparecen como relevantes para la solución de un caso. La interpretación consiste en la atribución de significado a textos con la idea de sistematicidad presidiendo la tarea, que exige orientar los dilemas interpretativos en un determinado sentido por razones de jerarquía normativa, desde la Constitución hacia la ley. Sin embargo, conforme una interpretación completa de la Carta que no omita los aspectos institucionales y funcionales, se determina un espacio considerable de apreciación legislativa y una función residual de «desempate» en ciertos casos, que producen una ilusión de una inversión jerárquica que no es tal.

Así, debe partirse de una teoría de la Constitución como prisma, que elaborada de acuerdo a una interpretación sistemática integral, aunque pueda luego ajustarse, contribuye a la interpretación armónica de disposiciones específicas. En términos muy básicos, dicha teoría radica en la idea regulativa de consistencia y en la delimitación de competencias del legislador y de los jueces atendiendo a sus respectivas cualidades. Se determina así un considerable marco de desarrollo legislativo de la Constitución, pero delimitado -de lo contrario no sería un marco- en la idea de derechos como mínimos de dignidad y en la arbitrariedad. Una vez más, deben separarse las aguas de los «derechos» en sentido fuerte de las de las «políticas». La interpretación jurisdiccional de la Constitución no sólo recae sobre los enunciados que versan sobre materia en cuestión, sino también necesariamente sobre las que refieren a la competencia del legislador desde que concurre un acto de su autoría.

(25) Seleccionadas las disposiciones constitucionales y legales relevantes por el juez, se impone continuar con su interpretación conforme las particularidades de sus respectivos métodos, generándose tres posibles escenarios, de evidencia de sentido de ambas, de alguna o de ninguna de ellas, que deben analizarse. En estos últimos supuestos, el intérprete debe tener en cuenta los niveles de convicción sobre las alternativas que razonablemente se le presenten.

(26) Poco hay para decir de los supuestos de interpretaciones unívocas de los textos de ambos rangos, pues determinan la ausencia de complejidad en la percepción de compatibilidad o incompatibilidad. Conducen respectivamente a la solución del caso en los términos específicos de la ley concordante con la Constitución, o a la declaración o proposición -según la competencia del juez- de inconstitucionalidad de la ley, para luego efectivamente resolver el caso en un sentido constitucionalmente adecuado.

(26) En supuestos de relativa indeterminación exclusivamente de disposiciones legislativas, o lo que es lo mismo, de interpretaciones alternativas razonables a su respecto, las dudas persistentes deben zanjarse en el sentido de la norma constitucional. La ley debe interpretarse de acuerdo a los criterios previstos en el Derecho positivo para su interpretación, pero debe analizarse y definirse de qué manera se inserta la perspectiva constitucional en el método consignado, pues razones de coherencia y de jerarquía lo sugieren. Es precisamente este el sentido correcto de la denominada «interpretación de la ley conforme a la Constitución», como pauta adicional de interpretación de las leyes -no de la Constitución-, fundada en la supremacía y en la eficacia constitucional.

Por razones de consistencia y racionalidad como idea regulativa las normas constitucionales inciden para la determinación del sentido de las formulaciones legislativas, resultando la conservación de la norma una consecuencia y no una justificación. Debe tenerse presente que las dudas interpretativas deben ser genuinas, no se trata de forzar soluciones de compatibilización, pues ello implicaría un desprecio inadmisibles por el acto legislativo y por el procedimiento democrático instrumentado para su emisión.

En definitiva, de resultar las disposiciones constitucionales de interpretación unívoca, debe cotejarse si algunas de las interpretaciones legislativas alternativas resulta coincidente con ellas, debiendo finalmente optarse por dicha solución. De no existir

coincidencia posible, detectada la incompatibilidad por el magistrado éste deberá actuar o solicitar que se actúe de modo de solucionar la antinomia en beneficio de la Constitución.

(26) El escenario de opciones interpretativas razonables de la Constitución, ante la existencia de una interpretación unívoca o varias plausibles de las disposiciones legislativas, trae a colación al principio democrático en la tarea interpretativa constitucional, pero no exclusivamente sino entre otros aplicables en el marco de una tarea de armonización sistémica.

No es admisible *a priori* determinar una deferencia sin más al acto legislativo, pues su raigambre es precisamente constitucional y otras normas de idéntico rango pueden incidir en forma contrapuesta en la delimitación. En cualquier caso, aunque se discrepe sobre el momento y la entidad de su incidencia según el caso, definitivamente no merece cuestionamientos la necesaria consideración en la interpretación constitucional del principio democrático, manifestado en la específica existencia de una decisión legislativa sobre el punto en cuestión.

En el terreno de las «políticas» este tendrá una relevancia pronunciada mientras que en el de los «derechos» su incidencia será mucho más moderada, únicamente tendrá cabida ante supuestos de relativa paridad interpretativa -de niveles de convicción equiparables- bajo un previo análisis sin su consideración. Con este alcance, que no es otro que el determinado por una adecuada apreciación sistemática del principio democrático y del diseño institucional en la faceta interpretativa, es que debe leerse la deferencia al acto legislativo y la denominada autocontención jurisdiccional *-self restraint-*.

Una postura como la de THAYER -formulada originalmente bajo el ropaje de una presunción de regularidad constitucional de las leyes-, que dirime las dudas en la interpretación constitucional en beneficio de soluciones legislativas por la mera existencia de una duda razonable, objetable con generalidad por prejuicioso, definitivamente no es admisible en el tratamiento de los derechos. En sistemas en los que los mínimos de dignidad humana son erigidos en derechos positivados con valor y fuerza constitucional, son precisamente éstos los límites que los jueces valiéndose de su peculiar posicionamiento deben asegurar en el juego institucional incluso frente al legislador. En un sistema equilibradamente diseñado -entre legislador, jueces y constituyente-, se favorece con una actitud como la sugerida el debate público, de cara a

la posibilidad de una reforma constitucional que de ser necesario venga a zanjar con generalidad el tema.

No se sostiene que no exista ningún espacio para la deferencia al acto legislativo en materia de derechos sino su carácter residual. El principio democrático constituye un elemento de raigambre constitucional que el juez en su interpretación debe atender, pero tímidamente tratándose de derechos en sentido fuerte. Podría aplicarse en supuestos de paridad al final del camino, tomando todos los restantes parámetros constitucionales en cuenta, de relativa igualdad en la convicción del intérprete sobre soluciones en términos de mínimos. No de mera razonabilidad externa de soluciones, sino de niveles o grados equiparables de razonabilidad desde la perspectiva interna -de discrecionalidad en sentido fuerte-, que resulta posible aunque improbable incluso en los casos difíciles.

(27) Por último, los aspectos interpretativos referidos de la Constitución y de la ley, esto es, la interpretación de la ley conforme a la Constitución y la incidencia del principio democrático en el marco de una interpretación constitucional sistemática, suelen presentarse como una presunción de constitucionalidad de las leyes aglomerados bajo un afán de conservación.

Tal abordaje es contraproducente para la explicación de las diversas facetas que comprende. Exige una distinción con una verdadera presunción sobre hechos que puede sostenerse en casos de inconstitucionalidad por razones de forma, supone la exclusión de su eventual manifestación en materia de cargas procedimentales, y desvía la atención de lo que principalmente importa: que el problema en cuestión consiste en la interpretación de disposiciones. Así, la imprecisión de la categoría pone en riesgo la ejecución de un necesario análisis de escenarios de interpretación de la ley, teniendo en cuenta como se incardinan los puntos de vista constitucionales en el método de interpretación de la ley; y de interpretación sistemática de la Constitución, que debe considerar una concepción institucional del principio democrático pero no tiene por qué sesgarse de antemano en su beneficio.

La concepción como «presunción» de un fenómeno que puede ser más simplemente presentado como un criterio de interpretación de la ley y de la Constitución, parece contribuir a sugestionar el razonamiento del intérprete por partir de una posición asumida. No parece conveniente conspirar preliminarmente en algún sentido contra una apreciación genuina de las disposiciones objeto de interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, “¿Única respuesta correcta?” en AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

ABRIL, Celia, “Concepto de derecho y textura abierta en la teoría de Hart”, en *Biblioteca virtual CLACSO*.

ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, The Belknap press of Harvard University Press. Cambridge Massachusetts, London, England, 1991.

ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

AFONSO DA SILVA, José, “Mutaciones constitucionales”, en *Cuestiones Constitucionales –Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 1, julio-diciembre, 1999, UNAM.

AFONSO DA SILVA, Virgilio, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Cuestiones Constitucionales*, número 12, enero-junio 2005, UNAM.

AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo, *Derecho Legislativo, Tomo I, Teoría General de la ley*, Edit FCU, 1997.

ALAEZ CORRAL, Benito: “Supremacía y rigidez constitucional”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 16, número 47, mayo-agosto de 1996.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 5ª reimpresión, 2006.

- “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ALEXY, Robert., *Teoría de los derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Traducción de Carlos BERNAL PULIDO, 2ª Edición, Madrid, 2007.

- *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontanamara, México, 2ª reimpresión, 2007.

- “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, *Revista Doxa*, Número 5, 2007.

- “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1990.

- “Tipología de las normas constitucionales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “Dos problemas falsos y uno verdadero: <neoconstitucionalismo>, <garantismo> y aplicación judicial de la Constitución”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

- “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

ASIS ROIG, Rafael de, *Jueces y normas: la decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995

ATIENZA, Manuel, “Dos versiones de constitucionalismo”, en *Revista DOXA*, número 34, 2011.

- “Sobre la única respuesta correcta”, en AARNIO, Aulis, ATIENZA, Manuel y LAPORTA, Francisco J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

- “El sentido del Derecho. Carta a Tomás Ramón Fernández”, *Revista DOXA*, número 23, 2000.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996.

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Cuadernos Civitas, Reimpresión 1987. Edición original, bajo el título Grundgesetz and Richtermacht, fue publicada en 1959 por la casa editorial JCB Mohr de Tübingen.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros: *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, 3ª Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

BARBOSA DELGADO, Francisco R: “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, VVAA, UNAM, México, 2012.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio Preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público 5. El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998.

BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

- “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Palermo, Laporta y Pietro Sanchís: *Constitución y derechos fundamentales*, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª Edición, Madrid, 2007.

BETTI, Emilio, “La interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1975.

BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Second Edition, Yale University Press. New Haven and London, 1986. First published in 1962.

BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Traducción de Pablo LUCAS VERDÚ, Tecnos, reimpresión de la 1ª Edición, Madrid, 1974

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, 3 vol., Dawsons of Pall Mall, vol. I, Londres, 1966.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Prólogo de Francisco J. Bastida, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Alemania, 1993.

- “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Prólogo de Francisco J. Bastida, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Alemania, 1993.

- “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Prólogo de Francisco J. Bastida, Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, Alemania, 1993.

- “Notas sobre el concepto de «cambio constitucional»”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

BORK, Robert H., *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York: The Free Press, 1990.

BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

BULYGIN, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Revista DOXA*, número 9, 1991.

- “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, en *Revista DOXA*, número 9, 1991.

- “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, BULYGIN, Eugenio, ATIENZA, Manuel y BAYÓN, Juan Carlos, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

BURSTIN, Darío, DELGADO MANTEIGA, Serrana, FRANCOLINO, Leandro, GÓMEZ LEIZA, José, RODRÍGUEZ, Guzmán y SARLO, Oscar, *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?*, Edit. FCU, Montevideo, 2010.

CAFFERA, Gerardo, *Una Teoría del Contrato. Las condiciones de racionalidad de la negociación normativa privada*, Edit FCU, Montevideo, 1ª Edición, Junio 2008.

- “Algunas perspectivas críticas de la categoría obligación de resultado”, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, vol. 84, N° 7-12, Montevideo, 1999.

CAFFERA, Gerardo y MARIÑO, Andrés, “La obligación de resultado: un paradigma en crisis”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXVIII, FCU, Montevideo, 1998.

CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Supremacía constitucional e interpretación”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª Edición, FCU, Montevideo, 2008.

- “Empresas privadas con participación del Estado. Significado de la palabra “Estado” en los incisos 3º y 4º del art. 188 de la Constitución”, en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, 2ª Edición, FCU, Montevideo, 2008.

CALSAMIGLIA, A., “Ensayo sobre Dworkin”, prólogo a *Los derechos en serio*, DWORKIN, Ronald, Edición Planeta-De Agostini S.A, 1993.

CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

- “Interpretación constitucional como modalidad del control del poder”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2013.

- “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación y garantías constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro, “El tribunal constitucional en el sistema político Italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 2, núm. 4, enero–abril de 1982.

- “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, separata, número 13, Madrid, 1980.

CARBONELL, Miguel, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

- *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, 2007.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

- “Inexistencia, nulidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 72, Montevideo. También publicado en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, 1ª Edición, Montevideo, 2010.

- “Oposición superviniente: derogación o inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 55. Montevideo. También publicado en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, 1ª Edición, Montevideo, 2010.

- “La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Tomo 55, Montevideo. También publicado en *Derecho Constitucional y Administrativo*, La Ley Uruguay, 1ª Edición, Montevideo, 2010.

- “Cursillo sobre los derechos humanos y sus garantías. En conmemoración del 40 aniversario de la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Segunda Serie, Nº 13, Montevideo, 1990.

CHRISTIANO, Thomas, “Waldron on Law and Disagreement”, en *Law and Philosophy*, Vol 19, N4, 2000.

CIANCIARDO, Juan *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Editorial ENUSA, Universidad de Navarra, Pamplona, 2000.

CISNEROS FARÍAS, Germán, *Interpretación sistémica del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2008.

COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

- ““Constitucionalismo”: problemas de definición y tipología”, en *Revista DOXA*, número 34, 2011.

CONSTANT, Benjamin, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, traducido del original en francés por David Pantoja (investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2124/16.pdf>.

CRISAFULLI, Vezzio, “Atto normativo”, *Enciclopedia del Diritto*, tomo IV, Milan, 1964.

- “Disposizione (e norma)”, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milán, 1964.

DE LORA, Pablo, “La posibilidad del constitucional thayerano”, en *Revista DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 23, 2000.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, 12ª impresión, Barcelona, 2012.

- “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

DE VEGA, Pedro, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1985.

- “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios políticos*, Número 100, 1998.

DE VERGOTINI, Giuseppe, *Diritto Costituzionale*, Padua, 1997.

DELGADO, Serrana, “La regla de reconocimiento de Hart y el problema de seguir una regla”, en *Revista Ruptura*, Número 3, FCU, Montevideo, 2012.

DÍAZ REVORIO, Javier, “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, en *Pensamiento Constitucional*, Volumen 8, Número 8, Perú, 2002.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La derogación de las leyes*, Ed. Civitas, Madrid, 1990. Prólogo de Francisco Rubio Llorente.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay.

- “Prólogo” al libro de Carlos GUARIGLIA: *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

- “Filosofía de la Constitución oriental”, en *Estudios de Derecho Público*. Volumen I, Mastergraf SRL, Montevideo, 2004.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993. Título original en inglés, *Taking Rights Seriously*, 1977.

- *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de teoría práctica*, Edit. Gedisa, Barcelona, 2008. Título del original en inglés, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986.

- “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios*, Siglo Veintiuno Editores, Colección derecho y política, Buenos Aires, 2012. Original en inglés, *A Matter of Principle*, 1985.

- *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Massachusetts, Cambridge University Press, 2000.

ECAHVE, Delia, URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo, *Lógica, proposición y norma*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2008.

ELSTER, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa, Barcelona 2002, Título original en inglés: *Ulises Unbound. Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, The Press Syndicate of the University of Cambridge, 2000.

- “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Jon ELSTER (compilador), *La democracia deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1980.

ESTEVA GALICCHIO, Eduardo, *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Eduardo G. Esteva Gallicchio, Montevideo.

- *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo II, 1ª reimpresión de la 2ª edición, Ingranusi, Montevideo.

- “Los nacionales de la República Oriental del Uruguay según la ley 16.021”, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, T. V, número 30, Montevideo.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.

FABRE, Cecile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Respuesta a Manuel Atienza”, en *Revista DOXA*, número 23, 2000.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y NIETO, Alejandro, *El Derecho y el revés*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso y FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen: *Sistema electoral, Partidos Políticos y Parlamento*, 2ª Edición, Edit. Colex, Madrid, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, 5ª Edición, 2006.

- “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, MORESO, Juan José y ATIENZA, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2ª Edición, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, y RUIZ MANERO, Juan, “Un diálogo sobre principios constitucionales”, en *Revista DOXA*, número 34, 2011.

FERRERE MAC GREGOR, Eduardo y otros, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial: una visión desde América Latina y Europa*, Ed. Porrúa, México, 2012.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Primera reimpresión de la 2ª Edición, Madrid, 2012.

- “Una defensa de la rigidez constitucional”, en *Revista DOXA*, número 23, 2000.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni, *Sentencias atípicas. Teoría general. Derecho Comparado. Especial análisis de las sentencias recaídas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano*. Tesis UCM, dirigida por el Profesor Raúl CANOSA USERA, 2009.

FISS, Owen, “The Forms of Justice” (1979), Faculty Scholarship Series. Paper 1220, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220.

GALLIE, Walter Bryce, “Essentially contested concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956.

GAMARRA, Jorge, “Las circunstancias del caso concreto en la interpretación y aplicación de la ley”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, Año II, Tomo II, Edit. FCU, Montevideo 2014.

- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XVIII, Responsabilidad contractual, Vol. 2, Cuarta Edición actualizada, FCU, Montevideo, 2006.

- *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XX, .Responsabilidad extracontractual, Vol. 2, 2ª edición ampliada, FCU, Montevideo, 2012.

GAMARRA ANTES, Diego, “El interés legítimo desmenuzado”, en *Revista Ruptura*, número 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

- “La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo”, en *Revista Estudios de Derecho Administrativo*, Número 4, La Ley Uruguay, Montevideo, 2011.

- “Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo”, en *Revista La Justicia Uruguaya*, Año LXXV, Tomo 149, Edit. La Ley Uruguay, 2014.

- “Un ensayo sobre la individualización de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en *Revista Ruptura*, número 6, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, abril de 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2006.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 4ª edición, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S,A, Navarra, 2006.

- *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Segunda Edición, Aranzadi-Civitas, España, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “La teoría del Derecho en los tiempos del constitucionalismo”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier, “La decostruzione della legge del Parlamento”, en ROLLA, G. y CECCHERINI, E. (coordinadores), *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1997.

- *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cuadernos Civitas, Instituto de Derecho Parlamentario, Madrid, 2010.

- “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 20, 2007.

- “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Abril-junio, 2000.

- “El Preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2009.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

- *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

- “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación de la Constitución en manos de la Corte Suprema Argentina”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3015/6.pdf>.

GARGARELLA, Roberto y MARTÍ, José Luis: “Estudio Preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron”, en *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia”, en *Revista DOXA*, número 6, 1989.

- “Algo más acerca del coto vedado”, en *Revista DOXA*, número 6, 1989.

GIANNINI, Massimo Severo, “Alcuni caratteri della giurisdizioni di legittimità delle norme”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956.

GÓMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria da Constitucao*, Almedina, 7ª Edición, Coimbra, Portugal, 2000.

GUARIGLIA, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Editorial La Ley Uruguay, Montevideo, 2009.

- *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, Amalio M. Fernández, 1ª Edición, Montevideo, 2007.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Edit, Trotta, Madrid, 2008.

- “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

- “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, en http://www.giursi.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2006/16guastinibobbio.pdf

- “Disposizioni e norme”, en *Teoría e dogmatica delle fonti*, Milan, 1998.

- “Le fonti del Diritto e l’interpretazione”, en *Tartatto de Diritto Privato* a cura di Giovanni IUDICA e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1993.

- “Le fonti del diritto. Fondamenti teorici”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Antonio CICU, Francesco MESSINEO y Luis MENGONI, Dott. A. Giuffré Editore, Milan, 2010.

- *Estudios de teoría constitucional*, Distribuciones Fontanamara S.A, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Edit. Trotta, Cuarta Edición, Madrid, 2005.

HAMILTON, *El Federalista*, Número 78.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Segunda Edición, Edit. Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2007.

- *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, Editado por Penelope BULLOCH y Joseph RAZ, UNAM, 2000, original en inglés editado por Oxford University Press, 1994.

- “American Jurisprudence through English eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, (1977), citado por su inclusión en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

HAYEK, Firederich A., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HIERRO, Liborio, “El impero de la ley y la crisis de la ley”, en *Revista DOXA*, número 19, 1996.

HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, sexta reimpresión, Fontanamara, México, 2009.

HOLMES, Stephen, “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en *Passions and Constraint. On the theory of liberal democracy*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1995.

- “Gag Rules or the Politics of Omission”, en *Passions and Constraint. On the theory of liberal democracy*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1995.

IGLESIAS VILA, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos”, en *Revista DOXA*, número 23, 2000.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Separación de poderes, control de constitucionalidad de las leyes y derechos fundamentales en el proceso de formación del concepto de «Constitución»*, IVAP, Herri Arduralatitzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Edit. Trotta, Madrid, 1999.

- “Interpretación de la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995.

- “Interpretación conforme a la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid, 1995.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución Nacional. Tomo I*, Edición de la Cámara de Senadores aprobada por Resolución del Cuerpo de fecha 13 de diciembre de 1988.

- “Significación del vocablo ‘uruguayo’”, en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Tomo 55, número 1-2.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Introducción al Derecho*, versión taquigráfica de Carlos Agenta, Organización Medina, Montevideo.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Edit. Universitaria de Buenos Aires, 26ª Edición, Buenos Aires, 1989.

- *Teoría general del Derecho y del Estado*, Textos Universitarios, México, 1969.

- “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, España, 2009.

- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988.

KORZENIAK., José, *Primer curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

LAPORTA, Francisco, “El ámbito de la Constitución”, en *Revista DOXA*, número 24, 2001.

- “Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo”, en *Revista DOXA*, número 34, 2011.

LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional. Volumen II. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado*, 7ª edición, Valencia, 2007.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Reus, Madrid 1985.

- *Curso de Derecho político*, Tecnos, Madrid, 1984.

- *Principios de ciencia política*, Tomo II, 3ª Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1977.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, “Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria”, en *Revista de Derecho Político*, Número 21, Primavera de 1984.

MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Estudio de conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw-Hill Interamericana de España, 1996.

- “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, en *Cuadernos de Derecho Público* 5. *El principio de proporcionalidad*, INAP, Madrid, 1998.

MERKL, Adolf, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Librería general de Vitoriano Suárez, Madrid, 1906.

MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.

MORESO, Juan José, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Segunda edición ampliada, Palestra, Perú, 2014.

- “Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, en *Revista DOXA*, número 34, 2011.

- “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, 3ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006.

- *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª Edición 15ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

- *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997.

- *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3ª reimpresión de la 1ª edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2005.

NOGUEIRA DE ALCALÁ. Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Editorial Librotecnica, Santiago de Chile, 2007.

NOZICK, Robert, *Anarchy, state, and utopia*, Basic Books Inc. United States of America, 1974.

NUÑEZ POBLETE, Manuel: “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *El margen de apreciación en el sistema interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*, VVAA, UNAM, México, 2012.

OCHS OLAZÁBAL, Daniel, “Algunos Aspectos del Instituto de Declaración de Inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho Público*, número 10, FCU, Montevideo, 1997.

ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcal Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.

OTTONELLI, Nelson, “Interpretación jurídica y decisión judicial: La indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy”, en *Revista Ruptura*, número 6, FCU, Montevideo, 2015.

PAREJO ALFONSO, Luis, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981” en *REDC*, número 3, 1981.

PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PERALTA, Ramón, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, *Coherencia y sistema jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

PÉREZ ROYO, Javier, “Principios rectores de la política social y económica”, en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Coordinador Manuel ARAGÓN REYES, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

PÉREZ TREMPES, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Edit. Trotta, Madrid, 2009.

- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, 4ª Edición, Madrid, 2009.

REAL, Alberto Ramón, *Derecho constitucional*, Tomo I, 10ª edición, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1969.

REDONDO, María Cristina, “*Teorías del Derecho e indeterminación normativa*”, *Revista DOXA*, número 20, 1997.

REQUENA LÓPEZ, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Editorial Comares, Granada, 2001.

RISSE FERRAND, Martín, *Derecho Constitucional*, Edit. FCU, Montevideo, 2005.

- *¿Qué es la Constitución?*, Edit. UCU, Montevideo, 2010

- *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª Edición, Montevideo, 2008.

- “La interpretación de la ley “desde” la Constitución y “desde” los Derechos Humanos”, en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Civil*, Año II, Tomo II, Edit. FCU, Montevideo 2014.

- “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, en revista *Estudios Constitucionales*, volumen 12, número 1, Universidad de Talca, Chile, 2014.

RODRÍGUEZ CARRAU, Guzmán, “No tirarás la moneda: términos jurídicos, vaguedad y el deber de los jueces de juzgar, pase lo que pase”, en *Revista Ruptura*, Número 3, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Tercera edición, primera reimpresión, Eudeba, Buenos Aires, marzo de 2006.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “El concepto de Constitución. Nota preliminar”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

- “Rigidez y apertura en la Constitución”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen II, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “La ley en el Estado social y democrático de Derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen II, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Los derechos fundamentales. Introducción”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen III, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen III, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Principios, derechos y valores”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen III, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen III, Tercera Edición ampliada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- “Los deberes constitucionales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Número 62, Mayo-Agosto 2001.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, 1ª Edición 1ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

- *Interpretación judicial de la Constitución*, Edit. Astrea, Buenos Aires.
- “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 1, 2004.

SALADO OSUNA, Ana, “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coordinadores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo, *Declaración de inconstitucionalidad de Actos Legislativos*, FCU, Montevideo, 2005.

SANDULLI, Aldo, “Legge. Forza di legge. Valore di legge”, en *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Anno VII, Dott. A. Giuffrè, 1957.

SAYAGUÉS LASO, Enrique., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Edit. FCU, Montevideo, 8ª Edición, 2002.

SCALIA, Antonin, “Originalism: The Lesser Evil”, *Cincinnati Law Review*, v. 57, 1989.

SCHAUER Frederick, *Playing by rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

SCHMITT, Carl, “El defensor de la Constitución”, en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Editorial Tecnos, España, 2009.

SEMINO, Miguel Ángel, “La justicia constitucional”, en *Práctica Constitucional*, FCU, Montevideo, 1983.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Original en alemán de 1928.

SORRENTI, Giusi, “La Costituzione “sottintesa””, ponencia presentada en el Seminario titulado *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, en Roma, Palazzo della Consulta, 6 de noviembre de 2009, publicado en http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Sorrenti_definitivo_61_12009.pdf

STRECK, Lenio Luiz, *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en Derecho*, Editorial BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2012.

SUNSTEIN, Cass y HOLMES Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno Editores S.A. Buenos Aires, 2011. Editado por primera vez en inglés bajo el título «The Cost of Rights» (1999).

TAJADURA, Javier y DE MIGUEL, Josu (Coordinadores). *Justicia Constitucional y Unión Europea*. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

- *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980.

THAYER, James B., "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, VII, N3, October 25, 1983.

UNAMUNO Miguel de, *Del sentimiento trágico de la vida*.

VAN DE KERCHOVE, Michel y OST, Francois, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.

VÉSCOVI, Enrique: *Introducción al Derecho*, Décimo octava edición, Ediciones Idea, Montevideo.

VIOLA, F. y ZACCARÍA, G., *Derecho e interpretación*, Edit. Dykinson, Madrid, 2007.

VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción*, Traducción de Pedro García Ferrero, Edit. Tecnos, Madrid, 1970.

WAISMANN, Friederich, "Verifiability", originalmente incluido en Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX, 1945, citado aquí por su versión reimpresa en *Logic and Language*, the First Series, 1951 publicada en www.ditext.com/waismann/verifiability.html.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005.

- "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, V. 82, Issue 3, Article 3, May 1994.

WROBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Séptima Edición, Madrid, 2007.

- *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Edit. Trotta, 2008.

- *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

- *Manuale di diritto costituzionale I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1991.

ZANON, Nicolás, "La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. V, 1989

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría General del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Doctrinales, número 82, UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1057>, ISBN 968-837-479-2, primera edición de 1985.